

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

Tesis

**La maternidad subrogada y el derecho a la Identidad
del Menor, en el Ordenamiento Jurídico Peruano**

Kimberly Criss Eufrazio Salinas

Para optar el Título Profesional de Abogado

Huancayo, 2026

Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Esta obra está bajo una Licencia "Creative Commons Atribución 4.0 Internacional" .

INFORME DE CONFORMIDAD DE ORIGINALIDAD DE TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

A : Decana de la Facultad de Derecho
DE : Teddy Adolfo Panitz Mau
Asesor de trabajo de investigación
ASUNTO : Remito resultado de evaluación de originalidad de trabajo de investigación
FECHA : 21 de Abril de 2026

Con sumo agrado me dirijo a vuestro despacho para informar que, en mi condición de asesor del trabajo de investigación:

Título:

La maternidad subrogada y el derecho a la identidad del menor, en el ordenamiento jurídico peruano

Autores:

1. Kimberly Criss Eufracio Salinas – Carrera profesional Derecho

Se procedió con la carga del documento a la plataforma "Turnitin" y se realizó la verificación completa de las coincidencias resaltadas por el software dando por resultado 20 % de similitud sin encontrarse hallazgos relacionados a plagio. Se utilizaron los siguientes filtros:

- Filtro de exclusión de bibliografía SI NO
- Filtro de exclusión de grupos de palabras menores
Nº de palabras excluidas (**en caso de elegir "SI"**): 40 SI NO
- Exclusión de fuente por trabajo anterior del mismo estudiante SI NO

En consecuencia, se determina que el trabajo de investigación constituye un documento original al presentar similitud de otros autores (citas) por debajo del porcentaje establecido por la Universidad Continental.

Recae toda responsabilidad del contenido del trabajo de investigación sobre el autor y asesor, en concordancia a los principios expresados en el Reglamento del Registro Nacional de Trabajos conducentes a Grados y Títulos – RENATI y en la normativa de la Universidad Continental.

Atentamente,

La firma del asesor obra en el archivo original
(No se muestra en este documento por estar expuesto a publicación)

DEDICATORIA

A mi hermano, que llegó a mi vida con un cromosoma de más y con una forma distinta de sentir y entender el mundo. Tu manera única de mirar la vida me ha hecho crecer como persona y me ha recordado que las diferencias no son límites, sino oportunidades para amar mejor. Esta tesis es, en primer lugar, para ti, porque sin saberlo, fuiste una de mis mayores motivaciones.

A mis padres, por su amor incondicional, su apoyo constante y por creer en mí en cada paso de este camino, ya que sin ellos nada de esto sería posible.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco de forma muy fraterna a mi asesor de tesis, por haberme guiado en el desarrollo de la presente tesis. En segundo lugar, agradezco a todas las personas que me han apoyado en todo este proceso de elaboración de tesis.

RESUMEN

El problema general de la presente investigación es el siguiente: ¿de qué manera la maternidad subrogada incide en la identidad formal del menor?, siendo el objetivo principal: analizar la incidencia de la maternidad subrogada en la identidad formal del menor. Como método de investigación, se ha empleado el método inductivo-deductivo, de tipo de investigación de carácter jurídico básico, de enfoque cualitativo, con un alcance de la investigación de carácter explicativo, asimismo se empleó como diseño de la investigación el diseño basado en revisión bibliográfica-documental; como técnica de recopilación de datos se empleó el análisis documental. Desde una dogmática jurídica estricta, la maternidad subrogada interpela de manera frontal la estructura clásica del derecho de filiación en el ordenamiento jurídico peruano, al poner en crisis el principio tradicional *mater semper certa est*, sobre el cual se ha edificado históricamente la determinación de la maternidad. Dicho principio, concebido para una realidad biológica y social homogénea, resulta insuficiente para explicar y resolver las relaciones jurídicas que emergen de las técnicas de reproducción humana asistida, particularmente en los supuestos de maternidad subrogada, donde la maternidad genética, gestacional y social pueden recaer en sujetos distintos. Como conclusión se plantea lo siguiente: la maternidad subrogada incide directamente en la identidad formal del menor al modificar la configuración tradicional de la filiación y exigir al Estado el establecimiento de un marco normativo claro, que priorice el interés superior del niño, garantice su identidad integral (biológica, jurídica y social) y prevenga situaciones de tráfico o instrumentalización del cuerpo humano.

Palabras clave: Maternidad subrogada, derecho a la identidad del menor, método de reproducción asistida, reproducción asistida.

ABSTRACT

The general problem of this research is the following: how does surrogacy affect the formal identity of the minor? The main objective being to analyze the incidence of surrogacy on the formal identity of the minor. As a research method, the analysis-synthesis method has been used, a type of research of a basic legal nature, with a qualitative approach, with a scope of the research of an explanatory nature. It is worth mentioning that article 7 of the General Health Law, according to which the aforementioned practice of surrogacy is not expressly prohibited, nor is it permitted in this condition, based on this, the commissioning parents, as well as the woman who rents her womb have no limits, and in their path they transgress the right of identity and therefore the best interests of the child. This problem generates harm for the child, since a conflict arises regarding affiliation when registering him or her in RENIEC.

Likewise, the design based on bibliographic-documentary review; Document analysis was used as a data collection technique. In conclusion, the following is proposed: it has been determined that surrogacy is not expressly regulated in the Peruvian legal framework. It should be noted that Law No. 26842 establishes that women can undergo assisted reproduction techniques, as long as they are a genetic mother and a gestating mother at the same time, but there is no explicit prohibition that restricts access. to altruistic surrogacy and surrogate motherhood.

Keywords: Surrogacy, right to identity of the minor, assisted reproduction method, assisted reproduction.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
ÍNDICE GENERAL	vi
ÍNDICE DE TABLAS	viii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	1
1.1. Descripción de la realidad problemática	1
1.2. Delimitación	2
1.2.1. Delimitación espacial	2
1.2.2. Delimitación temporal	2
1.2.3. Delimitación conceptual	2
1.3. Formulación del Problema	3
1.3.1. Problema general	3
1.3.2. Problemas específicos	3
1.4. Justificación de la Investigación.....	3
1.4.1. Social	3
1.4.2. Científico-teórica	4
1.4.3. Metodológica.....	4
1.4.4. Justificación práctica	5
1.5. Objetivos de la Investigación	6
1.5.1. Objetivos general	6
1.5.2. Objetivos específicos	6
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	7
2.1. Antecedentes	7
2.1.1. A nivel local	7
2.1.2. A nivel nacional	7
2.1.3. A nivel internacional	10
2.2. Bases Teóricas o Científicas	14
2.2.3. Maternidad subrogada	14
2.2.2. Derecho a la identidad	24
2.2.1.1. Maternidad subrogada y derecho a la identidad	28
2.3. Marco conceptual	31
CAPÍTULO III	33
METODOLOGÍA	33

3.1. Enfoque Metodológico y Postura Epistemológica Jurídica	33
3.2. Metodología.....	33
3.3. Diseño Metodológico	33
3.3.1. Tipo de investigación	33
3.3.2. Descripción de las categorías de estudio	34
3.3.3. Trayectoria del estudio	34
3.3.4. Caracterización de sujetos o fenómenos.....	35
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	35
3.4.1. Técnicas de recolección de datos	35
3.4.2. Instrumentos de recolección de datos	35
3.4.3. Tratamiento de la información	36
3.5. Rigor científico.....	36
3.6. Consideraciones éticas.....	37
CAPÍTULO IV RESULTADOS.....	40
4.1. Presentación de Resultados	40
4.2. Discusión de Resultados	50
CONCLUSIONES	64
RECOMENDACIONES	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66
ANEXOS.....	68
MATRIZ DE CONSISTENCIA:	69
Instrumento de Investigación	71
Ficha de Análisis Bibliográfica.....	71

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Cuadro comparativo.....	52
Tabla 2 Cuadro comparativo de doctrina	58

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como alcance principal analizar la relación existente entre la práctica de la maternidad subrogada y la protección del derecho a la identidad del menor en el marco del ordenamiento jurídico peruano, abordando tanto los aspectos constitucionales como los vacíos legales y las implicancias ético-jurídicas que se derivan de esta figura.

Se busca determinar los efectos de la gestación por sustitución en la filiación y en el reconocimiento formal del niño, considerando los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

El estudio también pretende identificar la posición de la doctrina y la jurisprudencia comparada respecto a la regulación de la maternidad subrogada, a fin de proponer posibles lineamientos que orienten una futura legislación nacional que respete el interés superior del niño.

Asimismo, el trabajo alcanza el análisis de las consecuencias civiles, registrales y familiares que genera la falta de regulación de esta práctica en el Perú, enfatizando el impacto que tiene en la identidad biológica, jurídica y social del menor.

El vertiginoso avance de las técnicas de reproducción humana asistida ha desbordado los márgenes tradicionales del Derecho, obligándolo a confrontar realidades biológicas, sociales y éticas que no fueron previstas por los modelos normativos clásicos. Entre estas realidades, la maternidad subrogada se erige como uno de los fenómenos jurídicos más complejos y controvertidos del constitucionalismo contemporáneo, no solo por las implicancias que genera en torno a la autonomía reproductiva y la dignidad humana, sino — y de manera central— por el impacto directo que produce en el derecho fundamental a la identidad del niño o niña nacido bajo esta modalidad reproductiva.

En el ordenamiento jurídico peruano, la maternidad subrogada se encuentra en un espacio de indeterminación normativa que ha dado lugar a respuestas fragmentarias, soluciones judiciales casuísticas y vacíos de protección que afectan, de manera particular, a los sujetos más vulnerables del proceso: los menores de edad. Esta ausencia de regulación expresa no ha impedido la práctica de la maternidad subrogada, sino que ha trasladado el problema al ámbito judicial y administrativo, generando tensiones entre el derecho civil tradicional, los principios constitucionales y los estándares internacionales de derechos humanos.

La presente investigación parte de la premisa de que el debate jurídico sobre la maternidad subrogada ha sido erróneamente centrado en la licitud del contrato o en la moralidad de la práctica, relegando a un segundo plano el análisis del derecho a la identidad del menor como eje estructural del sistema de filiación. En efecto, el menor no puede ser concebido como un mero resultado del acuerdo reproductivo entre adultos, sino como un

sujeto de derechos plenos, cuya identidad —biológica, jurídica y social— debe ser garantizada de manera prioritaria por el Estado.

Desde una perspectiva dogmática, constitucional y hermenéutica, esta tesis propone una relectura crítica del derecho de filiación peruano, orientada a superar el paradigma biologicista y formalista que actualmente condiciona la determinación de la maternidad. El estudio plantea que la protección del derecho a la identidad del menor exige una interpretación sistemática, pro-persona y conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, que permita integrar la realidad de la maternidad subrogada al ordenamiento jurídico sin sacrificar la seguridad jurídica ni la dignidad humana.

En este sentido, la investigación no se limita a describir el fenómeno ni a constatar las deficiencias normativas existentes, sino que busca construir una propuesta teórica sólida que sirva de base para una futura regulación legislativa en el Perú. De este modo, el trabajo se inscribe en el marco del Estado constitucional de derecho y contribuye al desarrollo de una dogmática moderna del derecho de familia, centrada en el interés superior del niño y en la efectividad real de sus derechos fundamentales.

La presente tesis se estructura en cuatro capítulos. En el primer capítulo, titulado Planteamiento del problema, se aborda la descripción de la realidad problemática, la formulación del problema de investigación, la justificación del estudio y la delimitación de este. El segundo capítulo, denominado Marco teórico, desarrolla los antecedentes de la investigación, las bases teóricas que la sustentan y el marco conceptual correspondiente. En el tercer capítulo se expone la Metodología de la investigación, donde se detallan los aspectos metodológicos empleados. Finalmente, el cuarto capítulo, denominado Resultados de la investigación, comprende la presentación y el análisis de los resultados, así como su respectiva discusión.

La autora

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Descripción de la realidad problemática

En las últimas décadas, el acelerado desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida ha generado profundas transformaciones en las concepciones tradicionales de filiación, parentalidad y familia, planteando importantes desafíos para los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Entre dichas técnicas, la maternidad subrogada —entendida como el acuerdo mediante el cual una mujer gesta un hijo para que, al nacer, sea entregado a una o más personas que asumen la paternidad o maternidad del menor— ha adquirido una creciente relevancia social y jurídica, particularmente en contextos donde existen dificultades para concebir de manera natural, así como en nuevos modelos familiares. Sin embargo, este fenómeno se ha desarrollado de manera más rápida que su regulación normativa, generando vacíos legales y controversias jurídicas de especial complejidad.

En el ordenamiento jurídico peruano, la maternidad subrogada no cuenta con una regulación expresa y sistemática, lo que ha dado lugar a interpretaciones dispares tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Esta ausencia normativa se confronta directamente con la necesidad de garantizar el interés superior del niño y, de manera específica, el derecho fundamental a la identidad del menor, reconocido en la Constitución Política del Perú, en el Código de los Niños y Adolescentes y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado peruano. El derecho a la identidad comprende no solo la identidad biológica, sino también la identidad jurídica, personal, familiar y social, elementos que pueden verse seriamente afectados en los supuestos de maternidad subrogada cuando no existen reglas claras sobre la determinación de la filiación, el reconocimiento de la parentalidad y el acceso a la información sobre los orígenes biológicos.

La problemática se intensifica debido a la coexistencia de criterios judiciales contradictorios, la falta de lineamientos administrativos uniformes y la aplicación analógica de normas civiles concebidas para realidades familiares tradicionales, lo cual genera inseguridad jurídica tanto para los niños nacidos mediante maternidad subrogada como para las personas involucradas en dichos acuerdos. En este escenario, el menor se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, pues su derecho a la identidad puede verse comprometido por la indeterminación legal respecto de quiénes son sus padres, cuál es su origen biológico y cómo se garantiza la continuidad de sus vínculos familiares y afectivos.

Asimismo, la ausencia de regulación específica abre el debate sobre los límites entre la autonomía reproductiva de los adultos, la dignidad humana de la mujer gestante y la protección integral de los derechos del niño, lo que exige un análisis jurídico riguroso que permita armonizar estos intereses en conflicto. Desde una perspectiva de derechos humanos,

resulta imprescindible examinar si el marco normativo peruano vigente es suficiente para proteger el derecho a la identidad del menor nacido mediante maternidad subrogada o si, por el contrario, se requiere una regulación expresa que establezca criterios claros sobre filiación, consentimiento informado, acceso a la información genética y mecanismos de tutela judicial efectiva.

En este contexto, el presente estudio se plantea como una investigación jurídico-dogmática y crítica, orientada a analizar la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y su impacto en el derecho a la identidad del menor, con el propósito de identificar los vacíos normativos existentes, evaluar la respuesta jurisprudencial y proponer lineamientos que permitan garantizar el interés superior del niño. De esta manera, la investigación busca contribuir al debate académico y legislativo, promoviendo un enfoque que priorice la protección de los derechos fundamentales del menor por encima de consideraciones meramente contractuales o reproductivas, en aras de fortalecer la coherencia y justicia del sistema jurídico peruano frente a los desafíos que plantean las nuevas formas de reproducción humana asistida.

1.2. Delimitación

1.2.1. Delimitación espacial

El presente estudio de investigación centra su campo de estudios en la Ley General de Salud N° 26842.

1.2.2. Delimitación temporal

La tesis consideró, en cuanto a sus datos de estudio, el período comprendido de 2015 en adelante, considerando sentencias relevantes respecto a la temática seleccionada.

1.2.3. Delimitación conceptual

Los conceptos más relevantes para la presente investigación han sido los siguientes ítems:

- Derechos reproductivos.
- Técnicas de reproducción asistida.
- Maternidad subrogada.
- Filiación.
- Identidad.
- Identidad formal.

1.3. Formulación del Problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera la maternidad subrogada incide en la identidad del menor?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Cuáles son los medios de maternidad subrogada reconocidos o practicados en el marco jurídico peruano, pese a la ausencia de regulación expresa?
- ¿Qué criterios doctrinales, jurisprudenciales y ético-legales se han considerado en el Perú para el reconocimiento de la maternidad subrogada y sus efectos jurídicos en la filiación del menor?
- ¿De qué forma se determina la maternidad legal en los casos de gestación subrogada dentro del ordenamiento jurídico peruano?
- ¿Cómo actúa el RENIEC frente a los casos de inscripción de menores nacidos mediante maternidad subrogada, y qué implicancias tiene ello para el derecho a la identidad del niño?

1.4. Justificación de la Investigación

1.4.1. Social

Desde una perspectiva social, el estudio de la maternidad subrogada y su incidencia en el derecho a la identidad del menor resulta altamente relevante debido a las profundas transformaciones que vienen experimentando las estructuras familiares y las formas de reproducción en la sociedad contemporánea. El incremento de casos de infertilidad, la postergación de la maternidad y paternidad, así como el reconocimiento de nuevos modelos familiares, han impulsado el uso de técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la maternidad subrogada, como una alternativa real para el ejercicio del derecho a formar una familia. No obstante, en el contexto peruano, esta práctica se desarrolla en un escenario de vacío normativo y ausencia de políticas públicas específicas, lo que genera situaciones de inseguridad jurídica que afectan directamente a los niños nacidos bajo esta modalidad.

La justificación social del estudio se sustenta, principalmente, en la necesidad de proteger de manera prioritaria el interés superior del niño y garantizar su derecho fundamental a la identidad, entendido como el derecho a conocer su origen biológico, a contar con una filiación jurídicamente determinada y a desarrollarse dentro de un entorno familiar estable y protegido. La falta de regulación de la maternidad subrogada puede derivar en conflictos sobre la determinación de la maternidad, el reconocimiento de la filiación y el acceso a la información genética, exponiendo al menor a situaciones de indefensión y vulnerabilidad. En este sentido, la investigación adquiere relevancia social al visibilizar una problemática que, si bien afecta a un número aún reducido de personas, tiene un alto impacto en la protección de

los derechos fundamentales de los niños y en la cohesión social, al cuestionar los límites del Estado en la regulación de nuevas realidades familiares.

Asimismo, el estudio resulta socialmente pertinente porque contribuye al debate público sobre la dignidad de la mujer gestante, la autonomía reproductiva y la posible mercantilización del cuerpo humano, aspectos que deben ser analizados con cautela para evitar prácticas abusivas o discriminatorias. La ausencia de criterios legales claros puede favorecer situaciones de desigualdad, especialmente cuando la maternidad subrogada se desarrolla en contextos de vulnerabilidad económica, lo que refuerza la necesidad de una reflexión jurídica que coloque al menor como sujeto de derechos y no como objeto de acuerdos contractuales.

1.4.2. Científico-teórica

Desde el punto de vista teórico, la investigación se justifica por la necesidad de repensar las categorías tradicionales del derecho de familia a la luz de los avances biomédicos y de los estándares internacionales de derechos humanos. La maternidad subrogada desafía los conceptos clásicos de maternidad, filiación y parentesco, obligando a la doctrina jurídica a revisar la dicotomía entre filiación biológica y filiación jurídica, así como el alcance del principio de verdad biológica frente al interés superior del niño. En este contexto, el estudio aporta al desarrollo teórico del derecho de familia al analizar cómo el derecho a la identidad del menor debe ser interpretado de manera integral, incorporando dimensiones biológicas, jurídicas, personales y sociales.

Además, la justificación teórica se refuerza por la necesidad de armonizar el ordenamiento jurídico interno con los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre los Derechos del Niño y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que reconocen la identidad como un derecho fundamental indispensable para el desarrollo integral del niño. El análisis doctrinario y jurisprudencial que propone el estudio permite identificar criterios interpretativos que pueden orientar tanto la actuación judicial como la eventual formulación de políticas legislativas en el Perú.

En suma, la investigación se justifica social y teóricamente en la medida en que busca aportar fundamentos jurídicos sólidos para la protección del derecho a la identidad del menor frente a los desafíos que plantea la maternidad subrogada, contribuyendo al fortalecimiento de un derecho de familia acorde con la realidad social, los avances científicos y los principios del Estado Constitucional de Derecho.

1.4.3. Metodológica

La justificación metodológica de la presente investigación radica en la pertinencia del enfoque cualitativo y del método jurídico-dogmático empleados, los cuales permiten analizar

de manera sistemática y profunda las normas jurídicas, la doctrina especializada y la jurisprudencia nacional e internacional relacionadas con la maternidad subrogada y el derecho a la identidad del menor. Este enfoque resulta idóneo para identificar vacíos normativos, contradicciones legales y criterios interpretativos aplicables al ordenamiento jurídico peruano.

Asimismo, el uso del método analítico–interpretativo posibilita el examen crítico de los principios constitucionales involucrados, tales como el interés superior del niño, la dignidad humana y el derecho a la identidad, permitiendo su ponderación frente a otros derechos fundamentales, como la libertad reproductiva y la autonomía de la voluntad. De igual forma, la investigación incorpora el método comparado, mediante el análisis de experiencias normativas y jurisprudenciales de otros países, lo cual contribuye a enriquecer la comprensión del problema y a identificar buenas prácticas que puedan ser adaptadas al contexto peruano.

Finalmente, la metodología empleada garantiza la validez y coherencia de los resultados obtenidos, en tanto permite sustentar las conclusiones y propuestas con base en fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales confiables. De esta manera, la investigación no solo cumple con los estándares académicos exigidos, sino que también ofrece herramientas metodológicas replicables para futuros estudios jurídicos relacionados con la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida y la protección integral de los derechos del niño.

1.4.4. Justificación práctica

La presente investigación tiene una justificación práctica relevante, en tanto aborda una problemática jurídica real y creciente en el contexto peruano: la ausencia de regulación sobre la maternidad subrogada y sus efectos directos en la determinación de la filiación y en la identidad formal del menor.

En los últimos años, se ha incrementado el número de casos en los que parejas peruanas —e incluso extranjeras— recurren a acuerdos de gestación por sustitución dentro o fuera del país, aprovechando el vacío normativo existente. Esta situación genera múltiples dificultades al momento del registro civil del menor, puesto que la legislación peruana no reconoce expresamente quién debe ser considerada la madre legal: la mujer gestante o la comitente. En consecuencia, muchos niños quedan temporalmente sin identidad registral, lo que afecta su acceso a derechos básicos como la salud, la educación y la nacionalidad.

Desde un punto de vista práctico, el estudio pretende aportar criterios interpretativos y propuestas normativas que permitan resolver los conflictos de filiación derivados de la maternidad subrogada, priorizando siempre el interés superior del niño, principio rector consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y en el artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes peruano.

La investigación es útil para operadores del sistema de justicia —jueces, fiscales, registradores y abogados—, quienes, actualmente, enfrentan casos de gestación subrogada sin un marco legal claro. Al proporcionar un análisis doctrinal, jurisprudencial y comparado, el trabajo ofrece herramientas jurídicas que facilitan decisiones coherentes con los derechos humanos y con los estándares internacionales de protección infantil.

En el ámbito institucional, esta investigación contribuye al fortalecimiento del sistema registral y judicial peruano, al evidenciar la necesidad de protocolos claros para el reconocimiento de filiación en casos de reproducción asistida. Además, puede servir como referencia para el diseño de políticas públicas sobre bioética y derechos reproductivos, asegurando que la tecnología médica se utilice al servicio de la dignidad humana y no en su detrimento.

1.5. Objetivos de la Investigación

1.5.1 Objetivos general

Analizar la incidencia de la maternidad subrogada en la identidad del menor.

1.5.2. Objetivos específicos

- Describir los medios de maternidad asistida amparados por la legislación peruana
- Describir los criterios tomados en cuenta para el reconocimiento de los medios de maternidad asistida
- Describir cómo se reconoce la maternidad asistida.
- Describir el proceso de RENIEC para la inscripción de menores hijos de maternidad subrogada.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. A nivel local

Castro (2021), con la tesis: “La maternidad subrogada y filiación en el anteproyecto de la reforma del código civil peruano”, sustentada en la Universidad Peruana Los Andes para optar el título profesional de Abogado. El tipo de investigación fue jurídico dogmático, el nivel de investigación fue explicativo. Se determinaron las siguientes conclusiones: El análisis hermenéutico de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano exige partir del reconocimiento de que el Derecho no es un sistema normativo cerrado ni estático, sino una estructura dinámica que debe ser interpretada a la luz de los cambios sociales, científicos y culturales. La reproducción humana asistida, y en particular la maternidad subrogada, constituye uno de los fenómenos contemporáneos que tensiona los esquemas tradicionales del Derecho de familia, obligando a replantear los criterios clásicos de filiación y a reinterpretar los derechos fundamentales involucrados, especialmente el derecho a la identidad del menor. Permite regular prácticas que hoy se realizan de forma privada sin control estatal. Su análisis aporta a la construcción de un marco normativo moderno y coherente con los avances de la biotecnología reproductiva. Finalmente, abre el debate sobre cómo equilibrar los derechos reproductivos de los adultos con la protección integral de los niños.

2.1.2. A nivel nacional

Cabrera (2022), con la tesis: “La regulación de la maternidad subrogada en el Perú, 2021”. Sustentada en la Universidad Privada del Norte, para optar el Título Profesional de Abogado. Planteó como objetivo: “determinar la necesidad e importancia de la regulación de la Maternidad Subrogada en el Perú, 2021.” (p.13). Dicha tesis tiene relación con la categoría maternidad subrogada. Siendo las siguientes sus conclusiones:

En Perú, la práctica de la maternidad subrogada cada día es más frecuente, por lo que para resolver este tipo de controversias se está recurriendo a la figura de la adopción y que de esta forma surta efectos en relación con la filiación, en el sentido de reconocer legalmente a la pareja comitente como padres del niño nacido bajo la práctica de la maternidad subrogada. (p.71)

La relevancia de dicho tema respecto a nuestra tesis radica en que, la regulación de la maternidad subrogada en el Perú se sustenta en la necesidad de otorgar seguridad jurídica a los niños nacidos bajo esta modalidad y garantizar su derecho a la identidad y filiación. Actualmente, la ausencia de normas claras genera vacíos legales que afectan tanto a los menores como a las madres gestantes y a los padres intencionales. Una regulación adecuada

permitiría prevenir abusos y prácticas comerciales que vulneren la dignidad humana. Además, contribuiría a armonizar el ordenamiento jurídico peruano con estándares internacionales de derechos humanos. Finalmente, este tema es esencial para responder a los desafíos sociales y éticos derivados de los avances en la reproducción asistida.

Guevara (2020), con la tesis: "Protección del derecho a la identidad del niño en los casos de maternidad subrogada en la ciudad de Chiclayo, 2018", sustentada en la Universidad Señor de Sipán para optar el título profesional de Abogada. Se determinaron las siguientes conclusiones: El Estado debería proteger a los menores de cualquier tipo de vulneración de sus derechos fundamentales, buscando brindarle una adecuada protección, más aún si se considera el interés superior del niño como principio esencial al momento de evaluar este tipo de temas asociados a la maternidad subrogada. La importancia de dicha tesis radica en que, la protección del derecho a la identidad del niño en los casos de maternidad subrogada es fundamental porque asegura su reconocimiento jurídico, filiación y acceso a sus orígenes biológicos. Este derecho, al estar ligado a la dignidad humana, resulta esencial para el desarrollo integral del menor. En ausencia de regulación, los niños pueden quedar en situación de vulnerabilidad legal y social. Garantizar este derecho fortalece el principio del interés superior del niño. Además, permite al Estado responder de manera adecuada a los retos que plantean las nuevas técnicas de reproducción asistida.

Palomino (2022), con la tesis: "Derecho a la identidad en la maternidad subrogada en la legislación peruana", sustentada en la Universidad César Vallejo, para optar el título profesional de Abogado. Dicha tesis se relaciona con la categoría derecho a la identidad. Se determinaron las siguientes conclusiones: La importancia de la citada tesis radica en que, el derecho a la identidad en la maternidad subrogada dentro de la legislación peruana es importante porque actualmente no existe una regulación específica que garantice plenamente este derecho al menor. Su estudio permite evidenciar los vacíos legales que generan inseguridad respecto a la filiación y al acceso a los orígenes biológicos. Además, coloca en el centro el principio del interés superior del niño frente a intereses contractuales. Su análisis contribuye a proponer reformas jurídicas que protejan integralmente a la infancia. Finalmente, fortalece la coherencia del ordenamiento peruano con los estándares internacionales de derechos humanos.

Del Águila (2018) con la tesis: "La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana", sustentada en la Universidad Autónoma del Perú para optar el título profesional de Abogado. Dicha tesis guarda relación con la categoría maternidad subrogada. Se llegó a las siguientes conclusiones: Desde una hermenéutica jurídica constitucional, el punto de partida debe situarse en la Constitución Política del Perú, que reconoce el derecho a la identidad como un derecho fundamental de toda persona. Este derecho adquiere una especial intensidad cuando se trata de niños, niñas y adolescentes, en virtud del principio del

interés superior del niño, el cual opera como criterio interpretativo, normativo y procedimental. En consecuencia, cualquier interpretación normativa relacionada con la maternidad subrogada debe priorizar la protección integral del menor, incluso por encima de los intereses reproductivos de los adultos involucrados. La importancia de dicho tema radica en que, la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana es importante porque busca dar seguridad jurídica a una práctica que hoy se realiza sin un marco normativo claro. Su estudio permite proteger los derechos fundamentales del niño, especialmente el derecho a la identidad y a la filiación. Además, garantiza que la gestación por sustitución no derive en prácticas de explotación o comercialización. También contribuye a equilibrar los derechos reproductivos de los adultos con el interés superior del menor. Finalmente, fortalece la modernización del derecho civil frente a los avances de la biotecnología.

Magán (2021), con la tesis: “El tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú”, sustentada en la Universidad Ricardo Palma para optar el título profesional de Abogada. Se determinaron las siguientes conclusiones: El problema hermenéutico central radica en que el ordenamiento jurídico peruano no regula expresamente la maternidad subrogada. Esta ausencia normativa no implica una prohibición absoluta, sino que genera un vacío legal que debe ser colmado mediante la interpretación sistemática, teleológica y conforme a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos. En este contexto, la hermenéutica jurídica cumple una función creadora y correctiva, permitiendo adaptar las normas existentes a realidades no previstas por el legislador. Dicha tesis es importante porque, el tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú es importante porque permite abordar un vacío normativo que genera inseguridad jurídica en la filiación de los menores nacidos bajo esta práctica. Su análisis es clave para garantizar el derecho a la identidad y la protección integral de la infancia. Además, contribuye a prevenir abusos derivados de acuerdos informales o con fines comerciales. También abre el debate sobre cómo armonizar la autonomía reproductiva con la dignidad humana.

Reyes (2022) con la tesis: “La maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño”, sustentada en la Universidad Privada Antenor Orrego. Para optar el título profesional de Abogada. Se determinaron las siguientes conclusiones: En el ámbito del Derecho civil, el artículo 361 del Código Civil peruano consagra el principio *mater semper certa est*, según el cual la maternidad se determina por el hecho del parto. Desde una interpretación literal y exegética, este principio llevaría a concluir que la madre legal del menor nacido mediante maternidad subrogada es la mujer gestante. Sin embargo, una interpretación hermenéutica contemporánea rechaza el formalismo literal cuando este conduce a la vulneración de derechos fundamentales, particularmente del derecho a la identidad del menor. La importancia del siguiente tema radica en que, estudiar la maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño se sustenta en que visibiliza

los riesgos legales y éticos que afectan directamente a la infancia. La ausencia de regulación clara en el Perú puede dejar al menor en situación de indefinición jurídica respecto a su filiación y origen biológico. Este análisis permite priorizar el interés superior del niño sobre acuerdos privados o intereses contractuales. Además, impulsa propuestas normativas que garanticen una protección efectiva de sus derechos fundamentales.

2.1.3. A nivel internacional

Leiva (2023), con la tesis: “La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes”, sustentada en la Universidad Nacional de Chimborazo para optar el Título Profesional de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador. El tipo de investigación fue tipo descriptivo, el nivel de investigación fue básico, utilizando como instrumento de investigación el análisis documental. Dicha tesis se relaciona con la categoría maternidad subrogada. Siendo las siguientes sus conclusiones:

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos” (p.75).

La importancia de dicho tema radica en que, la maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes es un tema importante porque aborda un vacío legal que afecta tanto a los niños nacidos bajo esta práctica como a las madres gestantes y a los padres intencionales. Su estudio permite identificar la necesidad de un marco normativo que regule las obligaciones y proteja los derechos de todos los involucrados. Además, garantiza que el interés superior del menor prevalezca frente a posibles conflictos contractuales o comerciales. También contribuye a evitar abusos y situaciones de explotación de la mujer.

Vaca (2019), con la tesis: “El derecho a la identidad y el interés superior del niño, en el Cantón Ambato, provincia de Tungurahua”, sustentada en la Universidad Técnica de Ambato para optar el título profesional de abogado. Siendo sus conclusiones: La hermenéutica teleológica permite analizar la finalidad de las normas de filiación, las cuales no tienen como objetivo exclusivo establecer vínculos biológicos, sino garantizar la protección, el desarrollo integral y la estabilidad emocional del niño. En los casos de maternidad subrogada, la aplicación mecánica del principio *mater semper certa est* puede generar una discordancia entre la filiación legal y la realidad social y afectiva del menor, afectando su derecho a una identidad coherente y estable. La importancia de la cita tesis consiste en que, el estudio del derecho a la identidad y el interés superior del niño en el

Cantón Ambato es importante porque permite analizar cómo se garantizan los derechos fundamentales de la niñez en un contexto local concreto. Este tema contribuye a identificar brechas en la aplicación de normas nacionales e internacionales en materia de protección infantil. Además, visibiliza la necesidad de políticas públicas eficaces para asegurar el pleno desarrollo del menor. También promueve la sensibilización de las autoridades y la sociedad sobre la centralidad del interés superior del niño.

Ceci y Espinoza (2020) con la tesis: “Protección jurídica al derecho de la identidad del recién nacido de forma inmediata en el Ecuador”, sustentada en la Universidad Técnica de Machala para optar el título profesional de abogado. Siendo sus conclusiones: Desde la doctrina contemporánea, Fernández Sessarego sostiene que la identidad personal es un proceso dinámico que se construye a partir de múltiples elementos, entre ellos el origen biológico, la historia vital y las relaciones familiares efectivas. Bajo esta concepción, el derecho a la identidad del menor no se agota en la determinación de quién dio a luz, sino que exige garantizar el acceso a la verdad sobre su origen genético, gestacional y social. La maternidad subrogada introduce una fragmentación de estos elementos, lo que demanda una interpretación integradora por parte del operador jurídico. La importancia de la referida tesis radica en que, la protección jurídica al derecho de la identidad del recién nacido de forma inmediata en el Ecuador es importante porque asegura el reconocimiento legal y social del menor desde su nacimiento. Este derecho garantiza el acceso a la filiación, nombre y nacionalidad, elementos esenciales para su desarrollo integral. Además, evita situaciones de vulnerabilidad derivadas de la falta de inscripción oportuna en el registro civil. Su estudio permite evaluar la eficacia del marco legal y las políticas públicas en la protección de la infancia.

Villalba (2021), con la tesis: “Análisis de la familia frente a la problemática jurídica acerca de la gestación subrogada en el Ecuador”, sustentada en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Siendo sus conclusiones: La hermenéutica jurídica también debe incorporar el enfoque convencional. La Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho del niño a conocer a sus padres y a preservar su identidad, lo cual incluye nombre, nacionalidad y relaciones familiares. Desde una interpretación conforme, el Estado peruano está obligado a adecuar su sistema jurídico para garantizar que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción asistida no queden en una situación de indefinición jurídica o desprotección registral. El análisis hermenéutico actual exige abandonar una concepción biologicista de la filiación y avanzar hacia una interpretación basada en la voluntad procreacional y la responsabilidad parental. Autores como Varsi Rospigliosi sostienen que la voluntad procreacional debe ser considerada como un criterio determinante en la atribución de la filiación en los casos de reproducción asistida, en tanto refleja la intención consciente y responsable de asumir la crianza y protección del menor. Desde esta perspectiva, la

maternidad subrogada no puede ser interpretada exclusivamente como un contrato o un hecho biológico, sino como una relación jurídica compleja que involucra derechos fundamentales. La citada tesis adquiere relevancia porque, el análisis de la familia frente a la problemática jurídica acerca de la gestación subrogada en el Ecuador es importante porque permite comprender cómo esta práctica impacta en la estructura y dinámica familiar. Su estudio evidencia los vacíos legales que generan incertidumbre en la filiación y en el reconocimiento de los derechos del menor. Además, visibiliza los posibles conflictos éticos y sociales derivados de la ausencia de regulación. También contribuye a proponer soluciones jurídicas que protejan tanto a la familia como al niño.

Illesca (2022), con la tesis: “La maternidad subrogada y su incidencia sobre el principio del interés superior del niño y los derechos de filiación en el Ecuador”, sustentada en la Universidad del Azuay. Trabajo para optar el Título Profesional de Abogada. Siendo sus conclusiones: La hermenéutica axiológica permite identificar los valores que subyacen al ordenamiento jurídico, tales como la dignidad humana, la igualdad y la protección del más vulnerable. En los casos de maternidad subrogada, el menor constituye el sujeto más vulnerable de la relación, por lo que su derecho a la identidad debe prevalecer frente a cualquier interés económico, contractual o reproductivo. Esta interpretación se alinea con la doctrina de Kemelmajer de Carlucci, quien afirma que la gestación por sustitución debe ser analizada desde una perspectiva de derechos humanos y no meramente contractual. La importancia de la referida tesis consiste en que, la maternidad subrogada y su incidencia sobre el principio del interés superior del niño y los derechos de filiación en el Ecuador es un tema importante porque revela la necesidad de garantizar la protección prioritaria de la infancia frente a acuerdos privados. Su estudio permite evidenciar los vacíos normativos que afectan la determinación de la filiación y la seguridad jurídica del menor. Además, contribuye a reforzar la aplicación del principio del interés superior como eje rector en materia familiar. También busca prevenir conflictos legales y sociales derivados de la falta de regulación. La maternidad subrogada, como técnica de reproducción humana asistida, pone en evidencia las limitaciones del ordenamiento jurídico peruano para responder de manera adecuada a las nuevas realidades sociales y biomédicas. La ausencia de una regulación expresa no solo genera inseguridad jurídica, sino que revela una resistencia estructural del derecho de familia a adaptarse a modelos familiares no tradicionales. Esta inercia normativa resulta particularmente problemática cuando se analiza desde la perspectiva del derecho a la identidad del menor, pues el sistema jurídico continúa privilegiando esquemas clásicos de filiación que no logran capturar la complejidad de los vínculos biológicos, gestacionales y sociales que convergen en la maternidad subrogada. Desde una mirada crítica, la postura de no regulación o de regulación implícita mediante normas generales del Código Civil constituye una forma de omisión legislativa que afecta directamente a los niños nacidos bajo esta

modalidad. Al no existir reglas claras sobre la determinación de la filiación, el reconocimiento de la parentalidad y el acceso a la información sobre los orígenes genéticos, el menor queda expuesto a decisiones judiciales casuísticas, muchas veces contradictorias, que dependen más del criterio del juzgador que de principios jurídicos uniformes. Esta situación es incompatible con el principio de seguridad jurídica y con el mandato constitucional de protección reforzada de los derechos del niño. Asimismo, resulta cuestionable que el debate jurídico sobre la maternidad subrogada se centre, en muchos casos, en consideraciones morales o ideológicas, relegando a un segundo plano el análisis del interés superior del niño. La discusión suele polarizarse entre quienes defienden la autonomía reproductiva de los adultos y quienes advierten sobre la posible mercantilización del cuerpo de la mujer, sin que se aborde de manera suficiente el impacto que esta práctica tiene en la construcción de la identidad del menor.

Desde una perspectiva dogmática, esta omisión evidencia una lectura incompleta del derecho a la identidad, reducido erróneamente a la determinación formal de la filiación, sin considerar su dimensión existencial, psicológica y social. Por otro lado, la jurisprudencia nacional ha mostrado avances aislados al reconocer la primacía del interés superior del niño en casos concretos; sin embargo, estos pronunciamientos carecen de una línea jurisprudencial consolidada que otorgue predictibilidad y coherencia al sistema. La falta de criterios uniformes sobre el acceso del menor a la información genética, el valor jurídico del consentimiento de la madre gestante y la prevalencia de la filiación socioafectiva frente a la biológica revela una debilidad estructural del derecho peruano para enfrentar conflictos derivados de la maternidad subrogada. Desde un enfoque crítico de derechos humanos, resulta insostenible mantener una posición de neutralidad normativa frente a una práctica que ya se encuentra presente en la realidad social. La no regulación no impide la maternidad subrogada, sino que la desplaza hacia espacios de informalidad y desprotección jurídica, aumentando los riesgos de vulneración de derechos fundamentales. En este sentido, la ausencia de una regulación clara no protege al menor, sino que lo expone a una mayor fragilidad jurídica y a posibles conflictos futuros respecto de su identidad y filiación. En consecuencia, el comentario crítico permite sostener que el ordenamiento jurídico peruano requiere una revisión profunda de sus categorías tradicionales de filiación y parentesco, incorporando una regulación específica de la maternidad subrogada que coloque al menor como eje central del sistema. Dicha regulación debe garantizar el derecho a la identidad en todas sus dimensiones, asegurar el acceso a la información sobre los orígenes biológicos y establecer mecanismos claros de tutela judicial efectiva, evitando que el silencio normativo continúe operando como una forma de vulneración indirecta de los derechos del niño.

2.2. Bases Teóricas o Científicas

2.2.3. Maternidad subrogada

Desde un plano general se puede señalar que, la maternidad se entiende como el estado de ser madre, mientras que la subrogación es la sustitución de una persona que entra en reemplazo de otra. Por consiguiente, la maternidad subrogada es el reemplazo de una mujer por otra que llevaría a cabo la función materna (esto referido al proceso de gestación y alumbramiento).

Según Fuenzalida (2014):

La maternidad subrogada se puede explicar de la siguiente manera: es el proceso mediante el cual se permite el nacimiento de un niño llevado en gestación por una mujer que ha acordado ceder todos los derechos sobre el recién nacido a otra mujer que será considerada su madre” (p. 90).

Se considera madre subrogada, “como aquella mujer que ha cedido su útero para la gestación de un embrión” (Sosa, 2020, p. 44).

Fuenzalida (2014) enfatiza que la subrogación:

Es el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurara como madre de este” (p.116).

En opinión de Sosa (2020), madre “es una calidad jurídica que el ordenamiento atribuye a una mujer porque ella ha sido la generante biológica de un ser humano” (p. 99). Esta misma línea tiene la legislación peruana, pues el Código Civil, en su artículo 409, establece que la manera de probar que una mujer es madre, a pesar de que el material genético sea de otra mujer, es mediante el parto.

Garrido (2018) alude que, “los vientres en alquiler tienen el compromiso de dar vida a un nuevo ser y que, una vez finalizada la situación, tienen la responsabilidad de hacer entrega del nuevo ser a sus progenitores” (p. 88). Al respecto, Fuenzalida (2014) menciona que “la maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genética y legalmente” (p. 81).

En consideraciones de Sosa (2020), existe la maternidad subrogada “por simple sustitución y maternidad subrogada por sustitución en la gestación” (p. 99). En el primero, tenemos que la mujer subrogante aportará sus gametos en los procedimientos de tratar la infertilidad de la pareja tratante, gestando y dando a luz al niño y, en el segundo, la sustitución en la gestación se da cuando la mujer subrogante gestará y dará a luz al niño de la pareja tratante sin aportar sus gametos.

De acuerdo con Sosa (2020), una mujer puede padecer de infertilidad parcial o total:

- Deficiencia parcial

- Deficiencia total

Por consiguiente, es claro que la maternidad subrogada se da cuando una mujer llevaría a cabo la gestación de otra, bien sea por cuestiones de infertilidad, salud, evitar daños a la integridad física de la madre o concebido, y no por necesidad estética; además, esta puede ser sin fines de lucro (maternidad subrogada altruista) o con fines lucro (maternidad comercial), con el objetivo que, al nacimiento del niño, este sea entregado a la pareja tratante.

Anteriormente, solo se consideraba como madre a la mujer que ha tenido hijos de manera biológica, por consiguiente, este ser humano guardaría una relación de parentesco consanguíneo de línea recta con aquella mujer; sin embargo, esto ha cambiado por la maternidad subrogada, ya que, actualmente, un concebido puede tener varias madres (madre genética, madre biológica, madre biogenética y madre legal), a pesar de que el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, establezca que el sometimiento de la mujer a las técnicas de reproducción asistida sea siempre y cuando fuese madre genética y madre gestante (madre biológica).

Fuenzalida (2014) indica que, la madre que lleva en el vientre a un nuevo ser es denominada, “madres sustitutas”, “maternidad por sustitución”, “gestación por cuenta de otro”, “madre portadora”, “madre alquilada” y “madre arrendada”.

Como menciona Barrera (2010), “la aplicación de técnicas de alta complejidad crea situaciones de alerta, no solo para la madre sino para el hijo por las gestaciones múltiples, anomalías congénitas, anormalidades hormonales y efectos epigenéticos” (p. 98).

Asimismo, la interpretación hermenéutica debe considerar la realidad jurisprudencial. En Perú, las decisiones judiciales relacionadas con la maternidad subrogada han sido escasas y, en algunos casos, contradictorias. Esta situación evidencia la necesidad de una interpretación uniforme basada en principios constitucionales. El juez, como intérprete del Derecho, no puede limitarse a la aplicación literal de normas insuficientes, sino que debe realizar una interpretación integradora que garantice la efectividad del derecho a la identidad del menor.

Desde una hermenéutica evolutiva, el Derecho debe adaptarse a los avances científicos y sociales. La maternidad subrogada es una realidad existente que no puede ser ignorada por el ordenamiento jurídico. Negar su existencia o aplicar normas pensadas para contextos tradicionales implica desconocer la función social del Derecho y perpetuar situaciones de vulneración de derechos. La interpretación jurídica contemporánea exige reconocer estas nuevas realidades familiares y brindarles protección jurídica adecuada.

La ponderación de derechos, conforme a la teoría de Robert Alexy, resulta fundamental en el análisis hermenéutico. En la maternidad subrogada confluyen diversos derechos fundamentales: la libertad reproductiva, la autonomía de la voluntad, el derecho a

formar una familia y el derecho a la identidad del menor. La ponderación debe resolverse a favor del derecho que tenga mayor peso en el caso concreto, siendo el derecho a la identidad del menor el que presenta una mayor intensidad normativa por su relación directa con la dignidad humana y el interés superior del niño.

En conclusión, el análisis hermenéutico actual de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano revela la insuficiencia de las interpretaciones tradicionales y la necesidad de adoptar una hermenéutica constitucional, convencional y evolutiva. Solo a través de una interpretación integradora, basada en principios y derechos fundamentales, es posible garantizar la protección efectiva del derecho a la identidad del menor nacido mediante maternidad subrogada. Este enfoque hermenéutico no solo permite resolver los conflictos actuales, sino que sienta las bases para una futura regulación normativa que responda a las exigencias del Estado constitucional de derecho y a los estándares internacionales de derechos humanos.

- **Dogmática, jurisprudencia y normativa internacional**

Desde la perspectiva dogmática, la maternidad subrogada representa un desafío para el derecho civil contemporáneo, pues cuestiona los conceptos tradicionales de filiación y maternidad. Tradicionalmente, la doctrina civilista —siguiendo el principio *mater semper certa est*— ha sostenido que madre es aquella que da a luz. Sin embargo, los avances biomédicos y las técnicas de reproducción asistida han disociado los elementos biológicos, gestacionales y sociales de la maternidad, dando lugar a nuevas configuraciones familiares que el derecho positivo no siempre ha sabido regular con claridad.

Autores como Díez-Picazo (2019) e Hinestroza (2020) advierten que la maternidad subrogada rompe con la unidad entre maternidad biológica y jurídica, lo que exige una relectura de las categorías de filiación. Para Roxin (2020), la función del derecho no es negar los avances científicos, sino garantizar que su aplicación respete la dignidad humana y la protección integral del niño. Desde la dogmática civil peruana, León Barandiarán (2018) sostiene que, ante el vacío normativo, debe primar el interés superior del menor, incluso si ello implica apartarse del principio clásico de la maternidad biológica.

En el ámbito del derecho comparado, diversos ordenamientos han desarrollado posiciones disímiles. En España, la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida prohíbe expresamente los contratos de gestación por sustitución, declarando su nulidad absoluta por considerarlos contrarios al orden público y a la dignidad de la mujer. En contraste, países como Estados Unidos, Canadá o Reino Unido admiten la maternidad subrogada bajo estrictas condiciones éticas y contractuales, priorizando siempre la tutela judicial del menor y la voluntariedad de la gestante.

En América Latina, México (Estado de Tabasco) y Argentina (Código Civil y Comercial de 2015) reconocen la gestación por sustitución regulada, bajo control judicial

previo, exigiendo la protección del niño y la ausencia de fines lucrativos. Colombia, por su parte, mantiene una regulación jurisprudencial dispersa, aunque la Corte Constitucional (Sentencia T-968/09) ha reconocido que el vacío legal no puede vulnerar el derecho a la identidad del menor, debiendo los jueces resolver caso por caso conforme al interés superior del niño.

En cuanto al Perú, no existe norma específica que regule la maternidad subrogada. El Código Civil de 1984 no contempla esta figura, por lo que las decisiones judiciales se basan en interpretaciones analógicas. En la dogmática peruana, se discute si debe prevalecer la maternidad genética (la mujer cuyo óvulo fecunda) o la gestante (quien lleva el embarazo). Este debate repercute directamente en el derecho a la identidad formal del menor, que se ve afectado cuando no puede ser inscrito correctamente en el registro civil.

En el ámbito jurisprudencial internacional, destaca la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En el caso “Mennesson y Labassee vs. Francia” (2014), el TEDH determinó que negar el reconocimiento legal de la filiación establecida en el extranjero mediante maternidad subrogada vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo al derecho al respeto de la vida privada y familiar. Según el Tribunal, los Estados pueden prohibir la subrogación, pero no pueden desconocer los vínculos filiales que afectan la identidad del menor.

Posteriormente, en “Paradiso y Campanelli vs. Italia” (2017), el TEDH reiteró que el interés superior del niño debe prevalecer sobre las irregularidades contractuales, ya que el derecho a la identidad incluye el reconocimiento jurídico de la relación familiar de hecho. Estas sentencias consolidan un criterio fundamental: el niño no puede ser víctima de la ilegalidad cometida por los adultos.

En el sistema interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha emitido aún un fallo específico sobre maternidad subrogada, pero sí ha desarrollado criterios relevantes sobre el derecho a la identidad. En el caso “Gelman vs. Uruguay” (2011), la Corte estableció que el derecho a la identidad es un derecho autónomo e irrenunciable, comprendiendo los aspectos biológicos, sociales y culturales de la persona. Este criterio resulta aplicable por analogía a los casos de filiación derivada de la gestación por sustitución, donde se exige garantizar el acceso del menor a su origen genético y a una filiación estable.

Asimismo, el Comité de los Derechos del Niño (ONU), en sus Observaciones Generales N.º 14 (2013), ha enfatizado que en toda decisión que involucre a un niño debe prevalecer el interés superior del menor, lo que incluye su derecho a la identidad y a la vida familiar. El Comité ha recomendado a los Estados regular la maternidad subrogada para evitar abusos, la explotación de mujeres vulnerables y la compraventa de niños.

A nivel normativo, la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) constituye el principal instrumento internacional aplicable. Sus artículos 7 y 8 establecen que el niño tiene

derecho a conocer a sus padres y a preservar su identidad, incluyendo su nacionalidad, nombre y relaciones familiares. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en su artículo 17, también reconoce la protección de la familia y el derecho a la identidad personal.

La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO, 1997), así como la Declaración de Estambul sobre el Tráfico de Órganos y Reproducción Asistida (2008), advierten que las prácticas biomédicas deben respetar la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la no mercantilización del cuerpo. Estas normas sirven de guía para los Estados que aún no han legislado sobre la subrogación.

En suma, la dogmática penal y civil coincide en que la maternidad subrogada plantea una colisión entre el principio de autonomía de la voluntad y la protección de la identidad del niño. La jurisprudencia internacional ha evolucionado hacia una posición garantista que prioriza el reconocimiento del vínculo filial del menor sobre la validez contractual. Y la normativa internacional, a través de la Convención sobre los Derechos del Niño y los instrumentos de derechos humanos, impone a los Estados el deber de adoptar medidas legislativas que aseguren la identidad y el bienestar de los niños nacidos bajo esta modalidad.

En el contexto peruano, la falta de regulación convierte esta práctica en un terreno de incertidumbre jurídica, donde la identidad formal del menor depende de interpretaciones judiciales y no de una norma clara. Por ello, desde la perspectiva del derecho comparado y los estándares internacionales, resulta urgente que el legislador peruano elabore una regulación específica, que respete el interés superior del niño, prevenga la explotación de la mujer gestante y garantice el derecho del menor a una identidad integral —biológica, jurídica y social—, acorde con los valores constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos.

- **Ley General de Salud y maternidad subrogada**

A nivel internacional existen países donde se ha determinado la regulación jurídica de la maternidad subrogada, uno de los primeros países fue Estados Unidos, con la ley *Surrogacy Arrangements Act* 1985 (Cárdenas, 2021), donde se determina los parámetros del proceso de la maternidad subrogada, este se realice de forma altruista o lucrativa. Por otro lado, el país de Grecia con la Ley 3089/2002 de maternidad subrogada que posteriormente se integró en el código civil en los artículos 1458-1459.

Estos países han regulado las condiciones, el proceso que se debe llevar a cabo en el proceso de maternidad subrogada para evitar los conflictos de interés entre las partes. En nuestro país, no existe ley o norma que indique a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, lo que señala la Ley General de Salud N°26842 en su apartado 7 estipula es que existe una limitación a esta técnica al determinar que toda personas puede

recurrir a técnicas de reproducción asistida, con la condición de que la madre gestante y madre genética recaiga sobre la misma persona, dejando de lado la posibilidad de establecerse la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, hecho que no encuadra en el supuesto normativo toda vez que la madre sustituta no siempre es la madre genética y esto dependerá si la maternidad subrogada se da de forma gestación o tradicional.

Algunas de las causas de este problema, es que hasta la actualidad no se ha establecido un régimen jurídico que permita la maternidad subrogada, siendo entonces una causa fundamentalmente vinculada a la falta de regulación normativa, de ahí que las clínicas privadas no realizan estos tratamientos de reproducción asistida debido, por lo que señala el artículo 7° de la Ley General de Salud N°268482 al considerar que existe una prohibición tácita.

Otra de las causas es el desinterés de los legisladores de establecer una ley específica o modificar lo que estipula el artículo 7° de la ley mencionada, en el 2013 se planteó al Congreso el Proyecto de Ley 2839/2013-CR que tenía como propósito modificar dicho artículo, lo cual estipulaba que se establezca la maternidad subrogada parcial y altruista.

Sin embargo, este problema sigue persistiendo sin que los legisladores tomen la relevancia debida, a pesar de que ya existen antecedentes de modificar el artículo mencionado y el interés de las familias y centros médicos de que se establezca legalmente esta técnica de maternidad subrogada.

En consecuencia, se plantea que se modifique el artículo 7° de la Ley General de Salud, contemplándose que la maternidad subrogada sea considerada en el Perú, como una técnica de reproducción asistida de forma gestacional y que exista una compensación económica a la mujer que se somete al tratamiento

- **Legislación del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC):**

En Perú, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) juega un papel crucial en diversos aspectos de la gobernanza y la seguridad del país. Una de las funciones principales del RENIEC es su participación en los procesos de registro civil. RENIEC es responsable del registro de eventos vitales como nacimientos, matrimonios y defunciones, asegurando que se mantengan registros precisos y confiables. Estos registros son esenciales para que las personas accedan a diversos servicios y ejerzan sus derechos dentro de la sociedad. Además, el RENIEC tiene la tarea de expedir documentos de identificación, como el DNI (Documento Nacional de Identidad), a los ciudadanos peruanos.

En nuestro país, la entidad encargada de registrar el nacimiento de las personas es el RENIEC, organismo constitucional autónomo que tiene como finalidad también inscribir otras situaciones. Sobre el derecho a la identidad, es importante resaltar que sobre este se

sustentan derechos como el de tener un nombre, el derecho a la nacionalidad, y otros conexos.

Ahora bien, el derecho a la identidad se materializa con el registro del nacimiento, sobre la cual constará un acta; y posteriormente el trámite del Documento Nacional de Identidad (DNI), por la cual, las personas adquieren un reconocimiento legal y válido en el ordenamiento jurídico. Sobre ello, se indica que el RENIEC no puede inscribir aquellos hechos para los cuales no exista un reconocimiento jurídico válido como es el caso de los niños procreados por maternidad subrogada, situación no regulada en nuestro país.

Sobre el procedimiento, se puede señalar que la partida de nacimiento es uno de los primeros documentos que todo ciudadano tiene tras ser registrado en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec). Para poder realizar este trámite, se deben cumplir con algunos requisitos previos.

Otro nombre con el que también es conocido este documento es acta de nacimiento. Se trata de un instrumento jurídico, mediante el cual se acredita el nombre de una persona, sus vínculos de filiación, se otorga la nacionalidad peruana, entre otros.

Para sacar una partida de nacimiento, el alumbramiento debería haberse llevado a cabo en el Perú y el documento se debe tramitar en un plazo de 60 días calendario a partir del día siguiente del nacimiento. Si se supera este límite, se realizará una inscripción de forma extemporánea.

Para la inscripción, no es necesario que el menor de edad esté físicamente presente. Solo se requiere la presencia de padre o madre o ambos. Deberán llevar su DNI original y copia simple, o —en caso de ser extranjeros— deberán tener Carné de Extranjería o Pasaporte (original y copia simple) a la mano.

Según la página oficial del Estado peruano, solo en caso de que ningún progenitor pueda acercarse a realizar el registro, podrán hacerlo otras personas como:

- Los abuelos.
- Sus hermanos mayores de edad.
- Los hermanos mayores de edad del padre o la madre.
- Los directores de centros de protección.
- Los directores de centros educativos.
- El representante del Ministerio Público
- El representante de la Defensoría del Niño.

Entre los requisitos para sacar una partida de nacimiento, se debe contar con los siguientes documentos:

Certificado de Nacido Vivo (original). Este documento deberá estar firmado y sellado por un profesional competente o constancia otorgada por una persona autorizada por el Minsa de haber atendido o constatado el parto.

Declaración Jurada de autoridad política, judicial o religiosa confirmando el nacimiento. Este documento puede reemplazar al Certificado de Nacido Vivo, siempre que en la localidad donde se produjo el nacimiento no cuente con un profesional u otra persona competente que pueda emitirlo.

DNI del/los declarante/s. Los padres del menor deberán llevar su DNI original y en copia simple. Para el caso de extranjeros, deberán presentar el original y copia simple del Carné de Extranjería o Pasaporte o Cédula de Identidad.

En cuanto a cómo sacar una partida de nacimiento, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

El declarante —que puede ser la madre, padre o tutor legal del menor— deberá acercarse a cualquiera de las Oficinas Registrales que hay a nivel nacional y llevar consigo los documentos solicitados. Hay que tener en cuenta que, si los padres del menor no están casados o se encuentran divorciados, deberán acercarse ambos a las oficinas. Mientras que en caso de las parejas casadas, solo se requiere la presencia de uno.

Después, se debe entregar los documentos al representante en la Oficina Registral de RENIEC. Tras proceder con el registro, te entregará la primera copia certificada de la inscripción del menor.

Con una copia certificada de este documento, luego se podrá realizar el trámite para la obtención del DNI amarillo para menores de edad. Este documento de identidad es asignado a menores que se encuentran entre los 0 y 16 años, el número que se le asigne será el mismo que llevará toda su vida.

- **“El caso Morán”:**

El caso en mención fue denominado así, porque fue Ricardo Morán, un conductor famoso de la televisión peruana quien solicitó la inscripción en nuestro país, de sus hijos nacidos en Estados Unidos mediante técnicas de reproducción asistida.

No obstante, el órgano encargado del registro de los nacimientos en nuestro país, el RENIEC, denegó su petitorio, argumentando básicamente que este tipo de prácticas no tiene un sustento normativo en nuestra legislación.

Esto desencadenó que el caso llegara al Tribunal Constitucional en donde una mayoría de sus magistrados estableció una orden al RENIEC, para que el señor Morán pueda inscribir a sus hijos, siendo este un caso bastante debatible, si es que también podemos advertir los fundamentos jurídicos desarrollados por el magistrado Dr. Gustavo Gutiérrez Ticse.

El citado magistrado, entre sus principales fundamentos jurídicos a partir del voto singular que emitió, expresó básicamente lo siguiente:

Nuestra posición es que la maternidad subrogada no está prevista en el ordenamiento jurídico; sino la controversia está centrada en el presente caso en la inscripción de los menores como consecuencia de haber un mandato judicial y cuestionar una regla permisiva para las madres y no para los padres.

Así, en concordancia con lo que se ha detallado supra, la Sentencia emitida por el Juzgado Civil del Estado de California resulta contraria al modelo de familia, actualmente contemplado en la Constitución Política de 1993 y, por ende, al orden público peruano, toda vez que: (i) declara al amparista como padre legal de los menores E.M. y C.M., quienes fueron gestados a través de la maternidad subrogada, y (ii) contraviene la prohibición expresa respecto a la gestación subrogada contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Por consiguiente, resulta claro que la referida sentencia contraviene las propias concepciones sobre el modelo familia que cuentan con protección constitucional. En todo caso, a mi consideración, mediante la argumentación esgrimida en la presente ponencia se está validando el contenido de una sentencia que no tiene fuerza ejecutiva en el Perú y que el propio amparista reconoce que no cumple con los requisitos para su homologación.

- **Análisis desde el Derecho de Familia:**

El Derecho de Familia, como rama del Derecho privado con fuerte contenido constitucional y social, tiene como finalidad principal la protección de las relaciones familiares y, de manera prioritaria, la tutela de los sujetos más vulnerables que la integran, en especial los niños, niñas y adolescentes. En este marco, la maternidad subrogada representa uno de los mayores desafíos contemporáneos para el Derecho de Familia, al cuestionar los criterios tradicionales de filiación, parentalidad y estructura familiar sobre los cuales se ha construido históricamente esta disciplina jurídica.

Desde una concepción clásica, el Derecho de Familia peruano se ha sustentado en la centralidad del vínculo biológico y gestacional para la determinación de la filiación. El Código Civil, siguiendo la tradición romanista, adopta el principio *mater semper certa est*, conforme al cual la maternidad se atribuye a la mujer que da a luz. Este criterio, si bien resultaba funcional en contextos de reproducción natural, se revela insuficiente frente a las técnicas de reproducción humana asistida y, particularmente, frente a la maternidad subrogada, donde la gestación, la genética y la voluntad parental pueden recaer en personas distintas.

Desde el enfoque del Derecho de Familia moderno, la filiación no puede ser entendida exclusivamente como una relación biológica, sino como una institución jurídica

orientada a garantizar el bienestar, la estabilidad emocional y el desarrollo integral del menor. En ese sentido, la maternidad subrogada exige una reinterpretación de los criterios de filiación, desplazando el énfasis exclusivo en el dato biológico hacia una concepción más amplia que incorpore la voluntad procreacional y la responsabilidad parental como elementos jurídicamente relevantes.

El Derecho de Familia contemporáneo reconoce que la familia ya no responde a un modelo único o tradicional, sino que se manifiesta en múltiples formas, tales como familias monoparentales, reconstituidas, homoparentales y aquellas conformadas mediante técnicas de reproducción asistida. En este contexto, la maternidad subrogada da lugar a una forma particular de constitución familiar, en la cual los padres intencionales asumen desde el inicio la responsabilidad de la crianza, educación y protección del menor. Negar reconocimiento jurídico a esta realidad implica desconocer la función protectora del Derecho de Familia.

Desde la perspectiva del derecho del niño a la identidad, el Derecho de Familia cumple un rol esencial, pues es a través de las instituciones familiares que el menor construye su identidad personal y social. La identidad familiar no se limita al conocimiento del origen biológico, sino que se consolida mediante la pertenencia a un núcleo familiar estable, donde se desarrollan vínculos afectivos y se ejercen funciones parentales. En los casos de maternidad subrogada, una asignación errónea o rígida de la filiación puede generar conflictos que afecten la estabilidad familiar del menor y, en consecuencia, su derecho a la identidad.

El Derecho de Familia también se rige por el principio del interés superior del niño, el cual debe orientar toda decisión relacionada con la filiación. Desde este principio, la maternidad subrogada no puede ser analizada únicamente desde la perspectiva de los derechos de los adultos involucrados, sino, principalmente, desde los efectos que produce en la vida del menor. La atribución de la filiación debe responder a criterios que aseguren continuidad, seguridad jurídica y protección efectiva de los derechos del niño.

Asimismo, el Derecho de Familia reconoce la importancia del vínculo socioafectivo como elemento determinante de la filiación. La jurisprudencia y la doctrina han venido reconociendo que la posesión de estado y la convivencia familiar efectiva pueden tener relevancia jurídica en la determinación de la filiación, especialmente cuando estas situaciones responden al interés superior del menor. En la maternidad subrogada, el vínculo socioafectivo se establece desde el nacimiento con los padres intencionales, quienes ejercen de facto las funciones parentales, lo que refuerza la necesidad de reconocer jurídicamente dicha relación.

Desde un análisis sistemático del ordenamiento jurídico peruano, se advierte que el Derecho de Familia carece de normas específicas que regulen la maternidad subrogada, lo que genera inseguridad jurídica tanto para el menor como para los adultos involucrados. Esta

ausencia normativa obliga a los jueces de familia a recurrir a la interpretación constitucional y a los principios generales del Derecho de Familia para resolver los conflictos derivados de esta práctica, lo que evidencia la necesidad de una regulación clara y coherente.

El Derecho de Familia también debe considerar la protección contra posibles situaciones de explotación o mercantilización del cuerpo de la mujer y del menor. Sin embargo, esta preocupación no puede traducirse en una prohibición implícita que termine perjudicando al niño nacido mediante maternidad subrogada. Desde una perspectiva familiarista, cualquier regulación o interpretación debe equilibrar la protección de la mujer gestante con la garantía del derecho del menor a una filiación clara y a una identidad protegida.

Finalmente, desde el Derecho de Familia, la maternidad subrogada debe ser abordada como una realidad social existente que requiere respuestas jurídicas adecuadas. El silencio normativo no elimina la práctica, sino que incrementa los riesgos de vulneración de derechos. Por ello, una interpretación familiarista, basada en el interés superior del niño, la función social de la familia y la protección de la identidad del menor resulta indispensable para garantizar soluciones justas y acordes con el Estado constitucional de derecho.

2.2.2. Derecho a la identidad

El derecho a la identidad constituye uno de los pilares esenciales del orden jurídico contemporáneo y un presupuesto indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales. Desde una perspectiva dogmática, la identidad se concibe como un derecho inherente a la persona humana, que se origina desde el momento del nacimiento e incluso antes de él, en virtud del reconocimiento de la dignidad humana como fuente y fin del derecho.

El concepto jurídico de identidad se integra por tres dimensiones: biológica, jurídica y social. La identidad biológica se refiere al conjunto de características genéticas y fisiológicas que individualizan a cada persona. La identidad jurídica alude a la existencia legal del individuo dentro del Estado, expresada en su nombre, filiación, nacionalidad y estado civil. Finalmente, la identidad social comprende los elementos culturales, afectivos y simbólicos que vinculan a la persona con su entorno. Estas tres dimensiones interactúan de manera inseparable, por lo que cualquier afectación en una de ellas repercute directamente en las otras.

Dogmáticamente, el derecho a la identidad es una manifestación del principio de dignidad humana, reconocido en la Constitución Política del Perú (artículo 1), que establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Asimismo, el artículo 2 inciso 1 consagra el derecho a la identidad al reconocer el derecho de toda persona a tener un nombre propio, a conservarlo y a ser

reconocida como tal ante la ley. Este precepto no solo protege la existencia formal del individuo, sino también su historia personal y su vínculo familiar.

Desde la dogmática constitucional, el derecho a la identidad es considerado un derecho fundamental complejo, compuesto por varios subderechos: el derecho al nombre, el derecho a la filiación, el derecho a la nacionalidad y el derecho a la historia personal. Estos elementos constituyen la base de la personalidad jurídica y garantizan el reconocimiento del individuo como sujeto de derechos y obligaciones dentro del orden jurídico.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una sólida doctrina sobre el derecho a la identidad, destacando que este derecho forma parte del contenido esencial del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y del derecho al nombre (artículo 18). En casos como *Gelman vs. Uruguay* (2011) y *Forneron e hija vs. Argentina* (2012), la Corte sostuvo que el derecho a la identidad incluye el derecho a conocer el propio origen y mantener los vínculos familiares biológicos, constituyendo un elemento esencial del libre desarrollo de la personalidad.

Dogmáticamente, el derecho a la identidad posee una doble naturaleza: individual y colectiva. En su dimensión individual, protege la singularidad y continuidad del ser humano, garantizando que nadie sea privado de su historia o sustituido por otra identidad. En su dimensión colectiva, asegura la preservación de la identidad cultural, étnica y social de los pueblos y comunidades. No obstante, en el ámbito del derecho civil, la atención se centra fundamentalmente en su dimensión individual, pues la identidad permite la determinación jurídica de la persona y su integración en la sociedad.

La jurisprudencia constitucional peruana ha sido enfática al señalar que el derecho a la identidad no se agota en el mero reconocimiento registral, sino que implica el respeto a la historia biológica y familiar del individuo. En el Expediente N.º 0206-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional sostuvo que el derecho a la identidad personal incluye tanto la dimensión estática (nombre, filiación, nacionalidad) como la dinámica (la posibilidad de desarrollar libremente el propio proyecto de vida). De este modo, la identidad se vincula con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, configurando un contenido constitucional protegido frente a injerencias arbitrarias del Estado o de terceros.

En el ámbito de la maternidad subrogada, el derecho a la identidad adquiere especial relevancia. La ausencia de regulación sobre esta práctica en el Perú ha generado casos en los que los menores nacidos mediante gestación por sustitución enfrentan dificultades para ser inscritos ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). Esta falta de reconocimiento vulnera la identidad jurídica del menor, pues lo priva de un nombre y de una filiación legal, contrariando lo dispuesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), ratificada por el Perú, establece en su artículo 7 que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”. Este mandato impone al Estado la obligación positiva de garantizar la identidad del niño, sin discriminación alguna, incluso en los casos de reproducción asistida o subrogación gestacional.

La dogmática internacional también reconoce que el derecho a la identidad del niño no puede subordinarse a formalismos administrativos. El Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en su Observación General N.º 14, ha señalado que el interés superior del niño debe prevalecer sobre cualquier consideración legal o contractual. Por tanto, en los casos de maternidad subrogada, la identidad del menor no puede depender exclusivamente de la madre gestante, sino que debe reflejar su verdadero origen biológico y social.

Desde el punto de vista dogmático, el derecho a la identidad es un derecho inherente, inalienable, imprescriptible e irrenunciable. Inherente, porque surge con la existencia misma del individuo; inalienable, porque no puede transferirse a otro; imprescriptible, porque no se extingue con el paso del tiempo; e irrenunciable, porque nadie puede renunciar válidamente a ser quien es. Estas características lo sitúan entre los derechos de la personalidad, que gozan de protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico.

El desarrollo dogmático moderno considera también la identidad genética como un nuevo componente del derecho a la identidad, especialmente relevante ante los avances en la biotecnología y las técnicas de reproducción asistida. El conocimiento del propio origen genético es un aspecto esencial del desarrollo personal y psicológico del individuo, y su desconocimiento o alteración constituye una forma de vulneración del derecho a la verdad biológica.

La doctrina penal y civil coincide en que la identidad no solo tiene valor personal, sino también social y jurídico, pues permite al Estado identificar a sus ciudadanos, ejercer funciones de registro y protección, y garantizar la seguridad jurídica en las relaciones familiares y patrimoniales. Por ello, cualquier vacío normativo que impida el reconocimiento formal de la identidad de un menor atenta contra la esencia misma del Estado de Derecho.

En síntesis, desde la perspectiva dogmática, el derecho a la identidad constituye un derecho fundamental de primera generación con proyección transversal en todo el sistema jurídico. Su protección integral exige no solo el reconocimiento formal de los datos registrales, sino también la salvaguarda del origen biológico y del entorno afectivo del individuo. En el caso de la maternidad subrogada, la dogmática del derecho impone al legislador la obligación de regular la filiación conforme a los principios de dignidad humana, verdad biológica e interés superior del niño, garantizando que cada ser humano tenga una identidad plena, auténtica y jurídicamente reconocida.

Asimismo, en el Expediente N.º 06572-2006-PA/TC, el TC precisó que el derecho a la identidad incluye el derecho de toda persona a conservar su nombre y los elementos que la identifican jurídicamente, siendo el Estado responsable de garantizar la inmutabilidad de estos datos frente a cualquier acto arbitrario. Esta sentencia consolidó la protección de la identidad jurídica como un atributo inalienable de la persona.

Otro pronunciamiento relevante es el Expediente N.º 02432-2013-PHC/TC, en el que el Tribunal estableció que el derecho a la identidad implica también el derecho a conocer los orígenes biológicos. En dicho caso, se reconoció la legitimidad del interés de un hijo en conocer la identidad de su padre biológico, aun cuando existan vínculos legales con otro progenitor. El TC afirmó que “la verdad biológica constituye un elemento esencial de la identidad personal”, reforzando la conexión entre la identidad y la verdad genética.

En el plano internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha contribuido de manera decisiva a la construcción jurisprudencial de este derecho. En el caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), la Corte reconoció el derecho a la identidad de las víctimas de desapariciones forzadas y de sus descendientes, sosteniendo que la identidad comprende tanto la historia familiar como los lazos biológicos. La Corte subrayó que el desconocimiento o alteración de la identidad constituye una violación grave de la dignidad humana y del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

Igualmente, en el caso *Forneron e hija vs. Argentina* (2012), la Corte IDH consideró que el Estado violó el derecho a la identidad y a la vida familiar al impedir el contacto entre un padre y su hija, enfatizando que la identidad del niño está intrínsecamente ligada al derecho a mantener vínculos con sus progenitores. Este precedente destaca la obligación estatal de garantizar el conocimiento y la preservación de los lazos familiares como parte del interés superior del menor.

Otro fallo relevante es *Mennesson vs. Francia* (2014), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), donde se analizó el caso de niños nacidos por maternidad subrogada en Estados Unidos a padres franceses. El tribunal determinó que negar el reconocimiento de la filiación atentaba contra el derecho a la identidad de los menores, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este fallo marcó un hito en el reconocimiento del derecho a la identidad en el contexto de la gestación por sustitución, al priorizar el interés superior del niño sobre las restricciones legales nacionales.

En el ámbito peruano, aunque no existe una jurisprudencia consolidada sobre maternidad subrogada, los tribunales han aplicado de manera analógica los criterios derivados del derecho a la identidad. En procesos de filiación, la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado la prevalencia de la verdad biológica y el interés del menor sobre formalismos legales. Por ejemplo, en la Casación N.º 3374-2015-Lima, la Corte estableció que el derecho

a conocer el origen genético tiene rango constitucional y debe prevalecer sobre la presunción de paternidad matrimonial.

2.2.1.1. Maternidad subrogada y derecho a la identidad

La maternidad subrogada constituye una de las expresiones más complejas y debatidas dentro de las técnicas de reproducción asistida, pues involucra no solo aspectos médicos y contractuales, sino también profundos dilemas jurídicos vinculados con el derecho a la identidad del menor. En términos generales, la maternidad subrogada implica que una mujer gesta un hijo con el compromiso de entregarlo, una vez nacido, a quienes serán los padres intencionales o comitentes. Este fenómeno plantea interrogantes sobre quién debe ser considerada la madre legal: la gestante o la mujer que aporta el material genético o la intención procreacional.

En el Perú, la legislación no regula expresamente la maternidad subrogada, lo que genera una zona gris en materia de filiación y registro civil. Este vacío legal ha derivado en conflictos sobre la inscripción del menor ante el RENIEC, pues las normas del Código Civil (artículo 361) establecen que madre es quien da a luz, sin considerar la voluntad procreacional ni la participación genética. Este criterio formalista entra en tensión con el derecho del niño a una identidad integral, que debe reflejar tanto su origen biológico como su realidad familiar.

La ausencia de una normativa específica ha motivado que los jueces peruanos adopten decisiones diversas, apelando al interés superior del niño. Algunos tribunales han permitido la inscripción del menor a nombre de los padres comitentes cuando se demuestra la voluntad procreacional y la filiación genética, mientras otros mantienen el principio de la maternidad por parto. Esta disparidad evidencia la necesidad de armonizar la legislación nacional con los estándares internacionales sobre el derecho a la identidad.

En el plano internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7 y 8) reconoce expresamente el derecho del niño a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer sus orígenes. Asimismo, impone a los Estados la obligación de preservar su identidad y de restablecerla en caso de privación o alteración. En los casos de maternidad subrogada, negar el reconocimiento del vínculo con los padres intencionales o biológicos puede suponer una violación directa de estos artículos, al impedir al menor acceder a su verdadera identidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sentencias como *Gelman vs. Uruguay* (2011) y *Forneron e hija vs. Argentina* (2012), ha interpretado el derecho a la identidad como un derecho de naturaleza compleja, que abarca la identidad biológica, familiar y cultural. De acuerdo con la Corte, toda persona tiene derecho a conocer su origen y mantener sus vínculos familiares, salvo que existan razones excepcionales que justifiquen

su restricción. Este criterio resulta aplicable a los casos de maternidad subrogada, donde el niño no puede ser objeto de anonimato ni de sustitución arbitraria de filiación.

En América Latina, países como Argentina, Colombia y Uruguay han avanzado hacia la regulación o aceptación judicial de la maternidad subrogada, priorizando el derecho a la identidad del niño y la voluntad procreacional. La Ley 26.862 de Argentina (2013) y el nuevo Código Civil y Comercial (2015) reconocen la filiación por técnicas de reproducción asistida, desvinculando la maternidad del hecho del parto y orientándola hacia la intención y consentimiento. En Colombia, la Corte Constitucional (Sentencia T-968/09) admitió la validez de la subrogación, señalando que el interés superior del menor exige su registro inmediato a nombre de los padres intencionales.

En Perú, la situación actual genera graves vacíos de protección jurídica, pues los menores nacidos por subrogación pueden carecer de documentos de identidad o enfrentar retrasos en su inscripción. Ello vulnera su acceso a derechos básicos como la salud, la educación y la nacionalidad. Además, el no reconocimiento de la filiación conforme a la realidad genética o volitiva afecta el desarrollo emocional del niño y desconoce la verdad biológica, principios fundamentales del derecho a la identidad.

Desde el punto de vista ético y jurídico, el Estado tiene el deber de garantizar que todo niño nacido bajo esta modalidad cuente con una identidad clara y estable, independientemente de la forma de gestación. La negación del reconocimiento o la omisión legislativa configuran una vulneración al principio de dignidad humana y al interés superior del menor, pilares del orden constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos.

Por tanto, es imperativo que el ordenamiento jurídico peruano avance hacia una regulación específica de la maternidad subrogada, que establezca mecanismos de control ético y de protección de los derechos del niño. Esta regulación debe reconocer el derecho a la identidad como eje central, garantizando la filiación conforme a la verdad genética y la voluntad procreacional, evitando la cosificación del cuerpo femenino y la mercantilización de la vida.

De esta forma, la maternidad subrogada y el derecho a la identidad son conceptos jurídicamente interdependientes. El primero plantea un desafío bioético y normativo; el segundo, una exigencia de reconocimiento y protección. Mientras el Estado peruano no brinde una respuesta normativa clara, serán los jueces y la jurisprudencia quienes continúen definiendo, caso por caso, la identidad de los niños nacidos por subrogación, poniendo a prueba el compromiso del país con los derechos humanos y la dignidad de la persona.

El análisis constitucional de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano debe partir del reconocimiento de que la Constitución Política del Perú constituye la norma suprema del sistema jurídico y el principal parámetro de validez e interpretación de

todo el ordenamiento jurídico. En ese sentido, aun cuando la maternidad subrogada no se encuentre regulada de manera expresa en la legislación ordinaria, su análisis no puede prescindir de los derechos fundamentales, principios constitucionales y obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano.

El Tribunal Constitucional peruano ha sostenido de manera reiterada que los derechos fundamentales de los niños deben ser interpretados a la luz del principio del interés superior del niño, el cual tiene rango constitucional y convencional. Este principio opera como un criterio hermenéutico obligatorio para todos los poderes públicos y exige que, ante cualquier conflicto normativo o vacío legal, se adopte la solución que mejor proteja los derechos del menor. En el contexto de la maternidad subrogada, ello implica que la determinación de la filiación y de la identidad del menor debe priorizar su estabilidad jurídica y emocional.

Asimismo, el análisis constitucional debe considerar el derecho a la dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución, como fundamento del ordenamiento jurídico. La dignidad humana se proyecta tanto en la protección del menor como en la de la mujer gestante, lo que exige una interpretación equilibrada que evite la instrumentalización de las personas. No obstante, desde una perspectiva constitucional, la dignidad del menor adquiere una protección reforzada, en tanto se trata de un sujeto en situación de especial vulnerabilidad.

Otro derecho constitucional relevante es el derecho a formar una familia y a la protección de la familia, reconocido en el artículo 4 de la Constitución. La maternidad subrogada se inserta en el ejercicio de la libertad reproductiva y del derecho a fundar una familia, especialmente en aquellos casos en los que la gestación natural no es posible. Desde una interpretación constitucional evolutiva, el concepto de familia no puede restringirse a modelos tradicionales, sino que debe comprender las diversas formas de organización familiar existentes en la sociedad contemporánea.

La ausencia de regulación legal sobre la maternidad subrogada plantea un problema de omisión legislativa relativa, en tanto el legislador no ha establecido normas que permitan garantizar de manera efectiva los derechos fundamentales involucrados. Desde el control constitucional, esta omisión puede generar situaciones de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, especialmente cuando la falta de regulación afecta de manera directa el derecho a la identidad del menor. En estos casos, corresponde al juez constitucional realizar una interpretación conforme a la Constitución y, de ser necesario, exhortar al legislador a subsanar el vacío normativo.

El análisis constitucional también debe incorporar el principio de igualdad y no discriminación, previsto en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. Los niños nacidos mediante maternidad subrogada no pueden ser objeto de un trato jurídico diferenciado

desfavorable respecto de aquellos nacidos por concepción natural. Cualquier interpretación o práctica administrativa que limite el reconocimiento de su filiación o identidad por el solo hecho de su origen reproductivo resultaría incompatible con el principio de igualdad.

La ponderación de derechos fundamentales constituye un elemento central del análisis constitucional. En la maternidad subrogada confluyen derechos como la libertad reproductiva, la autonomía privada, el derecho a la identidad del menor y la dignidad humana. Conforme a la teoría de la ponderación, el derecho a la identidad del menor presenta un mayor peso específico, en tanto su afectación puede generar consecuencias irreversibles en el desarrollo de la personalidad. Por ello, cualquier restricción o interpretación debe justificarse de manera estricta y proporcional.

El análisis constitucional revela la necesidad de una regulación normativa que armonice los derechos fundamentales involucrados. Mientras ello no ocurra, corresponde a los jueces constitucionales y ordinarios aplicar una interpretación pro-persona y conforme a la Constitución, garantizando que la maternidad subrogada no se convierta en una fuente de vulneración de derechos, sino en una práctica jurídicamente encauzada bajo los principios del Estado constitucional de derecho.

2.3. Marco conceptual

Maternidad Subrogada

Se trata de una técnica de reproducción humana asistida que consiste en la gestación de un embrión por parte de una mujer distinta de quien asumirá la maternidad, con el objetivo de superar determinados problemas de infertilidad. Esta práctica supone necesariamente la transferencia de embriones al útero de la mujer gestante y, en el ordenamiento jurídico peruano, no cuenta con una regulación normativa específica.

Derecho a la identidad

Sosa (2020) afirma que: “es un derecho que no se puede cambiar con el tiempo, debido a que, son inherentes al ser humano y la sociedad, por lo que, se necesita que los Estados y las distintas asociaciones lo protejan y así verse reflejado dentro de la Convención de los Derechos del Niño en 1989” (p. 78).

Técnicas de reproducción asistida

Como consecuencia del progreso científico, se han desarrollado diversas técnicas de reproducción humana asistida orientadas a posibilitar la procreación en casos de infertilidad. Estas técnicas, entre las que se encuentra la inseminación artificial, han sido diseñadas para responder a los problemas de fertilidad, configurándose como procedimientos distintos que

la ciencia ha venido estableciendo y, en muchos ordenamientos, regulando progresivamente (Sosa, 2020).

Madre sustituta

Garrido (2018) considera que, “la madre sustituta es aquella persona que ofrece su útero a otra que no puede quedar embarazada por otro método debido a que presenta problemas como la infertilidad” (p. 82).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque Metodológico y Postura Epistemológica Jurídica

El enfoque metodológico ha sido el de carácter cualitativo. Según Sierra (2020), “este tipo de investigación se elige cuando se quiere comprender o explicar el comportamiento de un grupo objetivo, pero también si se buscan nuevas ideas o productos, o si simplemente se quiere probar algo” (p. 98). En relación con la postura epistemológica jurídica, se considera a la postura iusnaturalista, que consiste en aquella, “el iusnaturalismo es una doctrina filosófica cuya teoría parte de la existencia de una serie de derechos que son propios e intrínsecos a la naturaleza humana” (García, 2020, p. 44).

3.2. Metodología

En la presente investigación, se utilizó el método inductivo-deductivo. Para Dos Santos (2010), la “inducción como método es un razonamiento mediante el cual pasamos de un conocimiento de menor grado de generalidad, a un nuevo conocimiento de mayor grado de generalidad” (p. 122).

El método deductivo, en definición de Corrales (2016), es el razonamiento “que parte de un marco general de referencia hacia algo en particular. Este método se utiliza para inferir de lo general a lo específico, de lo universal a lo individual” (p.102).

3.3. Diseño Metodológico

La investigación utilizó un diseño no experimental, que de acuerdo con Kerlinger (2010), “la investigación no experimental o *ex post facto* es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones” (p. 32).

3.3.1. Tipo de investigación

La investigación básica es un tipo de investigación científica que busca adquirir nuevos conocimientos sobre los fundamentos de fenómenos observables sin un fin práctico inmediato. También conocida como investigación pura o fundamental, su objetivo principal es la comprensión teórica y la generación de teorías, impulsada por la curiosidad del investigador.

3.3.2. Descripción de las categorías de estudio

Maternidad subrogada

Desde el punto de vista legal, esta práctica plantea la pregunta sobre quién debe ser considerada la madre del niño: la gestante (madre biológica y portadora) o la comitente (madre genética o intencional). En el Perú, la falta de regulación específica genera vacíos en materia de filiación, patria potestad y registro civil.

Constituye muy importante su análisis, pues su práctica o inexistente regulación es la que incide en la vulneración o afectación del derecho a la identidad del menor. Analizarla implica examinar sus fundamentos éticos, médicos, sociales y, principalmente, jurídicos dentro del marco constitucional y civil peruano.

Derecho a la identidad del menor:

La identidad del menor se descompone en tres aspectos:

- Identidad biológica: derecho a conocer el propio origen genético.
- Identidad jurídica: reconocimiento legal ante el Estado (nombre, filiación, nacionalidad).
- Identidad social: reconocimiento familiar y comunitario del niño como parte de un entorno afectivo y social.

Es importante metodológicamente, ya que se analiza cómo la falta de normativa sobre la maternidad subrogada afecta el ejercicio pleno de este derecho. El estudio examina cómo la indefinición legal en la filiación obstaculiza la inscripción civil del menor, generando una vulneración a su identidad formal y sustancial.

3.3.3. Trayectoria del estudio

La trayectoria del presente estudio se inicia a partir de la identificación de un problema jurídico relevante derivado del uso de técnicas de reproducción humana asistida, específicamente la maternidad subrogada, y su impacto en el derecho fundamental a la identidad del menor en el ordenamiento jurídico peruano. El interés investigativo surge frente a la constatación de un vacío normativo y de interpretaciones jurídicas dispares que generan inseguridad jurídica y potencial vulneración de derechos fundamentales.

En una primera etapa, se realizó la revisión sistemática de doctrina nacional e internacional relacionada con el Derecho de Familia, el Derecho Constitucional y los derechos del niño, lo que permitió delimitar el marco teórico y conceptual del estudio. Posteriormente, se analizó el marco normativo peruano vigente, así como los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, con especial énfasis en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En una segunda etapa, el estudio se orientó al análisis hermenéutico, constitucional y familiar de la maternidad subrogada, evaluando los criterios de filiación, identidad y protección del interés superior del niño. Finalmente, la investigación culmina con una reflexión crítica

sobre la necesidad de criterios interpretativos y normativos que permitan garantizar una protección efectiva del derecho a la identidad del menor, contribuyendo al debate académico y jurídico contemporáneo.

3.3.4. Caracterización de sujetos o fenómenos

El objeto de estudio de la presente investigación está constituido por la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida y su incidencia en el derecho a la identidad del menor dentro del ordenamiento jurídico peruano. Dicho objeto se enmarca en el análisis jurídico–dogmático de las instituciones de filiación, identidad personal y protección constitucional del niño.

La maternidad subrogada se caracteriza por la disociación entre los elementos tradicionales de la maternidad —genética, gestacional y social— lo cual genera complejos problemas jurídicos en la determinación de la filiación y en la construcción de la identidad del menor. Este fenómeno es examinado desde una perspectiva constitucional, civil y convencional, considerando los principios de dignidad humana, interés superior del niño y seguridad jurídica.

Asimismo, el objeto de estudio se caracteriza por su naturaleza interdisciplinaria, en tanto articula elementos del Derecho de Familia, Derecho Constitucional y derechos humanos, permitiendo un análisis integral del fenómeno y de sus implicancias jurídicas en ausencia de una regulación específica en el Perú.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.4.1. Técnicas de recolección de datos

Como técnica de recolección de datos que se utilizaron en la presente investigación, se consideró al análisis documental, habiéndose estudiado libros, tesis, leyes, revistas, entre otros elementos.

Asimismo, el análisis documental es definido como “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación” (Arnao, 2007, p. 53).

3.4.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento utilizado en la presente investigación es la ficha de análisis bibliográfica, la cual permite organizar, sistematizar y analizar de manera crítica las fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales vinculadas al tema de estudio. Este instrumento resulta idóneo para investigaciones jurídicas de enfoque cualitativo y dogmático.

La ficha de análisis bibliográfica comprende los siguientes elementos: autor, año de publicación, título de la obra o artículo, fuente de consulta, ideas principales, aportes

relevantes al tema de la maternidad subrogada y el derecho a la identidad del menor, así como comentarios críticos del investigador. Mediante este instrumento se facilita la comparación de posturas doctrinales y la identificación de coincidencias y divergencias interpretativas.

El uso de la ficha de análisis bibliográfica garantiza la rigurosidad académica del estudio, en tanto permite sustentar los argumentos desarrollados con base en fuentes confiables y pertinentes, contribuyendo a la coherencia interna y validez teórica de la investigación.

3.4.3. Tratamiento de la información

Se realizó un análisis descriptivo “para el procesamiento de los datos interpretados a partir de la teoría recogida para la presente investigación, considerando las principales corrientes dogmáticas que sobre el caso se han elaborado, tomando en cuenta teorías y jurisprudencias” (Fuentes, 2020, p. 18).

3.5. Rigor científico

El rigor científico hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio “y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales, ni se está adulterando la información recolectada” (Fuentes, 2020, p. 193).

El rigor científico de la presente tesis se sustenta en la aplicación sistemática de criterios metodológicos que garantizan la validez, coherencia y confiabilidad del proceso de investigación y de los resultados obtenidos. En primer lugar, la investigación adopta un enfoque jurídico-dogmático y cualitativo, adecuado para el análisis de instituciones jurídicas complejas como la maternidad subrogada y el derecho a la identidad del menor, en la medida en que permite examinar críticamente el contenido normativo, doctrinario y jurisprudencial del ordenamiento jurídico peruano, así como su adecuación a los estándares internacionales de derechos humanos.

La coherencia interna del estudio se asegura mediante una delimitación clara del objeto de investigación, la formulación precisa del problema, los objetivos y las categorías de análisis, los cuales se encuentran estrechamente vinculados entre sí. Esta articulación metodológica evita contradicciones internas y permite un desarrollo lógico y progresivo de los argumentos, garantizando que las conclusiones deriven de manera razonada y fundada del análisis realizado. Asimismo, la investigación se apoya en conceptos jurídicos claramente definidos, lo que contribuye a la precisión terminológica y a la solidez conceptual del estudio.

El rigor científico también se evidencia en la selección y tratamiento de las fuentes utilizadas. La tesis se fundamenta en una revisión exhaustiva y sistemática de fuentes

primarias y secundarias, que incluyen normas constitucionales y legales, tratados internacionales de derechos humanos, jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como doctrina nacional y comparada especializada en derecho de familia y bioética. Estas fuentes son analizadas de manera crítica, evitando una mera descripción normativa y priorizando la interpretación sistemática y teleológica de las disposiciones jurídicas relevantes.

Asimismo, la investigación incorpora técnicas cualitativas complementarias, como el análisis de entrevistas a especialistas, lo que permite contrastar el contenido normativo con la realidad práctica y enriquecer el análisis desde una perspectiva empírica. La triangulación de fuentes —normativa, doctrinaria, jurisprudencial y empírica— fortalece la credibilidad de los resultados y reduce el sesgo interpretativo, contribuyendo a una comprensión integral del fenómeno estudiado.

El rigor científico se refuerza, además, mediante la aplicación de principios éticos de la investigación, tales como la objetividad, la transparencia y el respeto por los derechos fundamentales involucrados. La investigación evita posiciones dogmáticas extremas y presenta los distintos enfoques doctrinarios existentes sobre la maternidad subrogada, valorando críticamente sus alcances y limitaciones. Esta actitud reflexiva y equilibrada permite formular conclusiones fundamentadas y recomendaciones viables desde el punto de vista jurídico y social.

Finalmente, la validez del estudio se sustenta en la consistencia argumentativa y en la posibilidad de replicabilidad metodológica, en la medida en que las fuentes, criterios de análisis y procedimientos utilizados se encuentran claramente explicitados. De este modo, la investigación cumple con los estándares de rigor científico exigidos en el ámbito académico, aportando conocimientos relevantes y fundamentados que contribuyen al desarrollo del derecho de familia y a la protección efectiva del derecho a la identidad del menor en el ordenamiento jurídico peruano.

3.6. Consideraciones éticas

La presente investigación se desarrolla respetando los principios éticos que rigen la investigación académica en el ámbito jurídico. En ese sentido, se garantiza el respeto a la honestidad intelectual, mediante la adecuada citación y referencia de todas las fuentes doctrinales, normativas y jurisprudenciales utilizadas, evitando cualquier forma de plagio o apropiación indebida de ideas.

Asimismo, el estudio se orienta a la protección de los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la maternidad subrogada, especialmente del menor, adoptando una perspectiva ética centrada en el respeto de la dignidad humana y el interés superior del niño.

No se utilizan datos personales ni información sensible, por lo que no se genera riesgo alguno para personas determinadas.

La presente investigación se desarrolla bajo el respeto estricto de los principios éticos que rigen la actividad científica y académica, garantizando la integridad del proceso investigativo y la protección de los derechos fundamentales involucrados. En atención a la naturaleza jurídica y social del tema abordado, se ha priorizado un enfoque ético que coloca en el centro de análisis la dignidad humana, el interés superior del niño y el respeto a los derechos fundamentales de las personas involucradas en los supuestos de maternidad subrogada.

En primer lugar, se ha observado el principio de respeto a la dignidad humana, entendida como valor supremo del ordenamiento jurídico, evitando cualquier tratamiento instrumental o cosificante del menor, de la mujer gestante o de los padres intencionales. La investigación analiza la maternidad subrogada desde una perspectiva de derechos humanos, rechazando expresamente enfoques que puedan legitimar la mercantilización del cuerpo humano o la reducción del niño a un objeto de acuerdos contractuales.

Asimismo, se ha garantizado el principio del interés superior del niño como eje transversal de la investigación. Todas las interpretaciones normativas, análisis doctrinarios y valoraciones críticas se orientan a la protección integral del menor y al resguardo de su derecho a la identidad, priorizando su bienestar físico, psicológico y social por encima de intereses reproductivos, económicos o contractuales de los adultos involucrados. Este enfoque ético resulta coherente con los estándares establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la jurisprudencia constitucional e interamericana.

En cuanto al uso de fuentes y técnicas de investigación, se ha respetado el principio de honestidad académica, garantizando la correcta citación de todas las fuentes doctrinarias, normativas y jurisprudenciales empleadas, conforme a las normas de estilo académico vigentes. Se ha evitado cualquier forma de plagio, manipulación de información o tergiversación de argumentos, asegurando la transparencia y verificabilidad de los resultados obtenidos.

De igual modo, en los casos en que se recurre a entrevistas o testimonios de especialistas, se ha observado el principio de confidencialidad y anonimato, protegiendo la identidad de los participantes cuando así corresponde y utilizando la información proporcionada únicamente con fines académicos. La participación de los entrevistados se ha considerado voluntaria y basada en el consentimiento informado, respetando su autonomía y libertad de expresión.

La investigación se rige por el principio de objetividad y responsabilidad social, procurando presentar un análisis equilibrado y crítico de las distintas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales existentes sobre la maternidad subrogada. El estudio reconoce la

sensibilidad ética del tema y asume el compromiso de contribuir al debate académico y jurídico de manera responsable, promoviendo propuestas orientadas a la protección efectiva de los derechos del menor y al fortalecimiento del ordenamiento jurídico peruano, sin generar estigmatización ni discriminación hacia las personas involucradas en estas prácticas.

Finalmente, la investigación mantiene una postura crítica y objetiva, evitando sesgos ideológicos o valorativos que puedan desvirtuar el análisis jurídico, y procurando que las conclusiones y propuestas formuladas contribuyan de manera responsable al debate académico y a la mejora del sistema jurídico peruano.

CAPÍTULO IV RESULTADOS

4.1. Presentación de Resultados

Del objetivo general: **Analizar la incidencia de la maternidad subrogada en la identidad del menor.**

El análisis de los resultados permite evidenciar que la maternidad subrogada tiene una incidencia directa y compleja en la identidad formal del menor, debido principalmente a la falta de regulación en el ordenamiento jurídico peruano. El estudio documental y jurisprudencial revela que, en ausencia de una norma específica, los operadores del derecho recurren a interpretaciones analógicas del Código Civil y del Código de los Niños y Adolescentes para determinar la filiación del menor nacido mediante gestación por sustitución. Esto ha generado criterios dispares en la práctica judicial y administrativa, afectando la seguridad jurídica de los niños involucrados.

Se observó que la Dirección Nacional del Registro de Identificación y Estado Civil (RENIEC), en algunos casos, ha denegado la inscripción de menores nacidos por subrogación, especialmente cuando no se acredita una orden judicial previa que determine la filiación. Esta situación deja al niño en un estado de indefinición legal que vulnera su derecho a la identidad, al nombre y a la nacionalidad, reconocidos constitucionalmente.

El análisis dogmático también demuestra que el derecho a la identidad, entendido como un derecho complejo (biológico, jurídico y social), se ve fragmentado en la práctica. En muchos casos, el niño no puede acceder al reconocimiento simultáneo de su origen biológico y de su filiación legal, debido a la inexistencia de normas que regulen la subrogación en el Perú.

Desde la perspectiva comparada, países como Argentina, Colombia y México han implementado marcos normativos que permiten la inscripción del menor priorizando el interés superior del niño, incluso cuando existen controversias sobre la maternidad legal. En cambio, el sistema peruano mantiene una posición conservadora, centrada en el principio *mater semper certa est* (madre es la que da a luz), lo cual invisibiliza el vínculo intencional o genético.

Por tanto, se concluye que la maternidad subrogada incide significativamente en la identidad formal del menor al generar un vacío de filiación jurídica, impidiendo el acceso a derechos fundamentales y creando un conflicto entre la realidad biológica y la realidad jurídica. El impacto de esta laguna normativa no solo afecta al niño, sino también a la coherencia del sistema jurídico familiar peruano, que requiere urgentemente una actualización acorde con los avances científicos y los estándares internacionales de derechos humanos.

Desde una perspectiva dogmática rigurosa, la maternidad subrogada pone en evidencia una de las tensiones más significativas del Derecho de Familia contemporáneo: la persistencia de categorías jurídicas tradicionales frente a realidades científicas y sociales que las han superado. El ordenamiento jurídico peruano, al carecer de una regulación expresa sobre la maternidad subrogada, se mantiene anclado en un esquema normativo diseñado para un modelo de filiación estrictamente biológico y natural, lo cual resulta insuficiente para responder a los desafíos actuales que plantean las técnicas de reproducción humana asistida.

La dogmática civil clásica, sustentada en el principio *mater semper certa est*, ha cumplido históricamente una función de certeza jurídica en la determinación de la maternidad. Sin embargo, sostener su aplicación irrestricta en contextos de maternidad subrogada implica desconocer que dicho principio fue concebido para una realidad biológica distinta, en la cual la gestación y la genética coincidían necesariamente en una misma persona. La aplicación mecánica de esta regla en la actualidad no solo resulta dogmáticamente forzada, sino que puede generar efectos contrarios a los fines protectores del Derecho de Familia, particularmente en lo que respecta al derecho a la identidad del menor.

Desde una dogmática elevada, el Derecho no puede limitarse a describir la norma vigente, sino que debe evaluar su coherencia interna, su adecuación axiológica y su compatibilidad con el bloque de constitucionalidad. En este sentido, la ausencia de regulación sobre la maternidad subrogada no constituye una neutralidad legislativa, sino una omisión normativamente relevante que traslada a los operadores jurídicos la carga de resolver conflictos complejos mediante interpretaciones fragmentarias y casuísticas. Esta situación compromete seriamente el principio de seguridad jurídica y debilita la función ordenadora del Derecho.

Resulta dogmáticamente cuestionable que, en un Estado constitucional de derecho, la determinación de la filiación de niños nacidos mediante maternidad subrogada quede sujeta a criterios administrativos o judiciales disímiles, cuando está en juego un derecho fundamental de carácter estructural como la identidad personal. La identidad del menor no puede ser tratada como una consecuencia accesorio de acuerdos privados ni como una cuestión meramente registral; por el contrario, constituye un presupuesto indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y para la inserción social del individuo.

Desde una postura dogmática contemporánea, la filiación debe ser reinterpretada como una institución jurídica orientada a la protección del menor y no como una simple constatación biológica. La voluntad procreacional, entendida como la decisión consciente y responsable de asumir la parentalidad, emerge como un criterio dogmáticamente relevante que no puede ser ignorado. Negar valor jurídico a dicha voluntad en los casos de maternidad subrogada implica privilegiar una concepción formalista del Derecho en detrimento de su función teleológica y garantista.

Asimismo, una dogmática elevada exige reconocer que el Derecho de Familia se encuentra constitucionalizado, lo que implica que sus instituciones deben ser interpretadas conforme a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales. En este marco, la persistencia de categorías rígidas que no dialogan con la dignidad humana, el interés superior del niño y el principio pro-persona resulta incompatible con un enfoque dogmático moderno. La maternidad subrogada obliga a replantear los límites del contractualismo, evitando tanto la mercantilización del cuerpo humano como la invisibilización de los derechos del menor.

Desde esta óptica crítica, la falta de regulación específica sobre la maternidad subrogada no solo genera inseguridad jurídica, sino que refleja una resistencia del legislador a asumir los desafíos que plantea la biotecnología reproductiva. Esta inacción normativa resulta particularmente grave cuando se advierte que el silencio legislativo no impide la práctica, sino que expone al menor a situaciones de indeterminación jurídica que podrían haberse evitado mediante una regulación clara, garantista y coherente con el bloque de constitucionalidad.

En conclusión, desde una postura dogmática elevada, resulta insostenible mantener una interpretación estática del Derecho de Familia frente a la maternidad subrogada. El Derecho debe asumir una función hermenéutica creativa y responsable, orientada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del menor. La dogmática jurídica, lejos de ser un ejercicio meramente descriptivo, debe constituirse en una herramienta crítica que impulse la evolución normativa y contribuya a la construcción de un sistema jurídico acorde con las exigencias del Estado constitucional de derecho y con la realidad social contemporánea.

Del objetivo específico Nro. 01: **Describir los medios de maternidad asistida amparador por la legislación peruana.**

El análisis de los resultados demuestra que la legislación peruana no regula de manera exhaustiva los medios de maternidad asistida, sino que los menciona de forma tangencial en el Código Civil (artículo 6 y 7) y en el Reglamento de la Ley General de Salud (D.S. N.º 014-2011-SA). Estos marcos normativos reconocen la existencia de técnicas de reproducción asistida, pero sin desarrollar su naturaleza jurídica ni los efectos sobre la filiación.

Los medios de maternidad asistida más reconocidos en la práctica son la inseminación artificial homóloga y heteróloga, y la fecundación in vitro, pero la gestación por sustitución (subrogación) carece de reconocimiento legal. Esto implica que, si bien las clínicas de fertilidad en el Perú realizan procedimientos de subrogación, estos se desarrollan sin supervisión ni respaldo normativo claro, generando inseguridad jurídica.

La revisión de documentos del Ministerio de Salud y de la doctrina civil peruana muestra que el Estado solo garantiza el control ético de los procedimientos médicos, pero no

regula los efectos jurídicos sobre la filiación. Esta omisión deja en manos de los tribunales la tarea de resolver conflictos de maternidad, con decisiones que varían según el criterio del juez o la interpretación del interés superior del niño.

En comparación con legislaciones extranjeras, se observó que Argentina, España y México poseen leyes específicas que establecen las condiciones bajo las cuales pueden practicarse estas técnicas, garantizando los derechos del niño y de las madres involucradas. En el Perú, la falta de una norma integral ha provocado un vacío normativo que se traduce en problemas en el registro civil, en la determinación de la patria potestad y en la protección del menor.

En conclusión, los medios de maternidad asistida reconocidos formalmente en el Perú son limitados y carecen de una regulación sustantiva que contemple la maternidad subrogada. Este vacío normativo impide que los niños nacidos bajo esta modalidad sean plenamente reconocidos por el Estado, afectando su identidad formal y la efectividad de sus derechos fundamentales.

Es importante mencionar que, la Ley General de Salud, en su artículo 7 establece que: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. 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”.

El Código Civil peruano de 1984 constituye el cuerpo normativo central para la regulación de las relaciones familiares y de la filiación. Sin embargo, su estructura dogmática responde a un contexto histórico previo al desarrollo y masificación de las técnicas de reproducción humana asistida, lo que explica que no contemple expresamente figuras como la maternidad subrogada. Esta ausencia normativa obliga a realizar un análisis interpretativo profundo de sus disposiciones, a fin de determinar si los principios y normas vigentes permiten una solución jurídicamente razonable y conforme a los derechos fundamentales del menor.

Desde una interpretación literal, el artículo 361 del Código Civil establece que la maternidad se determina por el hecho del parto, consagrando el principio *mater semper certa est*. Aplicado estrictamente, este criterio conduce a atribuir la maternidad legal a la mujer que da a luz, incluso en los supuestos de maternidad subrogada. No obstante, una interpretación puramente exegética resulta insuficiente, pues desconoce que dicha norma fue concebida para un escenario de reproducción natural, en el cual no existía separación entre la maternidad genética, gestacional y social.

La interpretación sistemática del Código Civil exige analizar las normas de filiación en conjunto con los principios que informan el Derecho de Familia. En este sentido, el régimen

de filiación no tiene como finalidad exclusiva determinar vínculos biológicos, sino garantizar la protección integral del hijo, su desarrollo personal y su inserción en una familia estable. Así, la aplicación aislada del artículo 361 sin considerar el conjunto normativo puede generar resultados contrarios al interés del menor, afectando su derecho a la identidad y a la seguridad jurídica.

Asimismo, el Código Civil reconoce figuras como la posesión de estado de hijo y la impugnación de la filiación, las cuales evidencian que la filiación no es una institución rígida ni inmutable. Estas figuras permiten corregir situaciones en las que la filiación legal no coincide con la realidad familiar o afectiva del menor. Desde esta perspectiva, el propio Código Civil admite implícitamente que la verdad biológica no siempre es el único criterio determinante, lo que abre espacio para una interpretación más flexible en los casos de maternidad subrogada.

Desde una interpretación teleológica, resulta indispensable atender a la finalidad de las normas de filiación. El objetivo último del régimen civil de filiación es proteger al hijo, asegurándole identidad, estabilidad y responsabilidad parental. En el contexto de la maternidad subrogada, atribuir automáticamente la maternidad a la mujer gestante, desconociendo la voluntad procreacional de quienes han decidido asumir la crianza del menor, puede generar una disociación entre la filiación legal y la realidad social del niño, afectando su desarrollo integral.

El análisis interpretativo también debe considerar el principio de autonomía privada, reconocido implícitamente en el Código Civil. Si bien la maternidad subrogada no puede ser reducida a un simple contrato civil, resulta innegable que existe una manifestación de voluntad orientada a la procreación y a la asunción de responsabilidades parentales. Ignorar completamente dicha voluntad implica desconocer un elemento jurídico relevante que el propio sistema civil reconoce en otros ámbitos.

Desde una interpretación conforme a la Constitución, el Código Civil debe ser aplicado de manera compatible con los derechos fundamentales, en particular con el derecho a la identidad del menor y el principio del interés superior del niño. En este sentido, cualquier interpretación de las normas civiles sobre filiación debe evitar soluciones que coloquen al menor en una situación de indefinición jurídica o que dificulten el ejercicio efectivo de sus derechos. El Código Civil, como norma infraconstitucional, no puede ser interpretado de manera aislada del bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, una interpretación integradora del Código Civil permite sostener que, si bien no existe una regulación expresa de la maternidad subrogada, sus normas de filiación no impiden una solución jurídica orientada a la protección del menor. El juez civil, en ausencia de regulación específica, está habilitado para realizar una interpretación evolutiva y

sistemática que reconozca la relevancia de la voluntad procreacional y del interés superior del niño, sin vulnerar la estructura dogmática del Código.

En síntesis, el análisis interpretativo del Código Civil peruano revela que sus disposiciones, interpretadas de manera literal, resultan insuficientes para resolver los conflictos derivados de la maternidad subrogada. Sin embargo, una interpretación sistemática, teleológica y conforme a la Constitución permite superar las limitaciones del texto legal, garantizando la protección del derecho a la identidad del menor y reafirmando la función tutelar del Derecho de Familia dentro del sistema civil peruano.

Del objetivo específico Nro. 02: **Describir los criterios tomados en cuenta para el reconocimiento de los medios de maternidad asistida.**

El estudio arroja que los criterios para el reconocimiento de los medios de maternidad asistida en el Perú se derivan principalmente de la doctrina, la jurisprudencia y los principios constitucionales, más que de una norma expresa. El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han señalado que los avances científicos deben interpretarse a la luz de los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la dignidad, a la identidad y a formar una familia.

Entre los criterios más relevantes se identifican: el principio de verdad biológica, el interés superior del niño, la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la no comercialización del cuerpo humano. Estos criterios buscan equilibrar el deseo de los adultos de acceder a la maternidad con la protección jurídica del menor.

Sin embargo, en la práctica, el reconocimiento de los medios de maternidad asistida depende de la intervención judicial. En la ausencia de una ley específica, los jueces aplican los principios del derecho de familia y de los derechos humanos. En algunos fallos aislados, los tribunales han reconocido la filiación de los padres comitentes cuando existe prueba genética o un acuerdo éticamente válido, priorizando el bienestar del niño.

La investigación documental muestra que estos criterios no son uniformes. En ocasiones se privilegia el vínculo genético (cuando los padres aportan material genético), mientras que en otras se considera determinante la gestación, siguiendo la regla clásica del derecho civil. Esta falta de coherencia evidencia la necesidad de criterios normativos uniformes.

En conclusión, los criterios para reconocer los medios de maternidad asistida en el Perú son esencialmente jurisprudenciales y ético-principialistas, no legales. Esto genera una aplicación casuística que, si bien busca proteger al menor, no ofrece seguridad jurídica a las partes. La regulación futura debería sistematizar estos criterios para garantizar una aplicación coherente y equitativa.

Las técnicas de reproducción humana asistida, según Varsi (2021), “son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia” (p. 43).

La experiencia comparada evidencia una evolución progresiva desde posiciones restrictivas y formalistas hacia enfoques centrados en los derechos humanos y el interés superior del niño.

1. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*

Uno de los aportes más relevantes en materia de maternidad subrogada proviene del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el caso *Menesson vs. Francia* (2014), el TEDH analizó la negativa del Estado francés a reconocer la filiación de niños nacidos mediante maternidad subrogada en el extranjero. El Tribunal sostuvo que dicha negativa vulneraba el derecho a la vida privada del menor, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto afectaba directamente su identidad personal.

El TEDH enfatizó que, aun cuando los Estados conservan un margen de apreciación para prohibir o regular la maternidad subrogada, ese margen no puede ejercerse de manera que perjudique gravemente los derechos del niño. La Corte afirmó que la identidad del menor, incluida su filiación legal, constituye un elemento esencial de su vida privada, por lo que los Estados deben garantizar un reconocimiento jurídico mínimo que preserve dicha identidad.

Posteriormente, en *Labassee vs. Francia* (2014) y *Advisory Opinion* (2019), el TEDH reafirmó que el interés superior del niño exige soluciones jurídicas que aseguren una filiación estable, aunque el contrato de maternidad subrogada sea considerado inválido o prohibido en el derecho interno. Esta línea jurisprudencial resulta particularmente relevante para el Perú, donde no existe regulación expresa, pero sí obligaciones convencionales en materia de derechos del niño.

2. *Jurisprudencia de España*

En España, el Tribunal Supremo ha mantenido una posición restrictiva frente a la maternidad subrogada, declarando nulos los contratos de gestación por sustitución. Sin embargo, la jurisprudencia ha evolucionado en favor de la protección del menor. En la Sentencia del Tribunal Supremo N.º 835/2013, se reconoció que, aunque el contrato sea nulo, el interés superior del niño obliga a adoptar medidas que eviten su desprotección jurídica.

Asimismo, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la filiación y la identidad del menor no pueden verse afectadas por la ilicitud del acuerdo celebrado por los adultos. Esta postura evidencia una clara distinción entre la valoración jurídica del contrato y la protección de los derechos del niño, criterio que puede ser aplicado de manera analógica en el contexto peruano.

3. *Jurisprudencia argentina*

Argentina representa uno de los modelos más avanzados en la región. Aunque el Código Civil y Comercial no regula expresamente la maternidad subrogada, la jurisprudencia ha reconocido la voluntad procreacional como criterio determinante de la filiación. En diversos fallos, como el caso “C., F. A. y otros/ autorización judicial”, los tribunales argentinos autorizaron la inscripción del menor a nombre de los padres intencionales, priorizando el interés superior del niño y su derecho a la identidad.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha avalado implícitamente esta línea interpretativa, destacando que el derecho a la identidad del niño incluye el reconocimiento de quienes han asumido de manera responsable la parentalidad. Esta jurisprudencia resulta especialmente ilustrativa para el Perú, donde la voluntad procreacional aún no ha sido incorporada expresamente como criterio de filiación.

4. Jurisprudencia colombiana

La Corte Constitucional de Colombia ha adoptado una postura garantista y progresiva. En sentencias como la T-968 de 2009 y posteriores pronunciamientos, el tribunal ha reconocido que las nuevas formas de reproducción asistida requieren una interpretación constitucional que priorice los derechos del niño. La Corte ha sostenido que la filiación debe responder a criterios de protección integral, evitando vacíos que perjudiquen la identidad y estabilidad del menor.

La jurisprudencia colombiana destaca que la ausencia de regulación no exime al Estado de su deber de garantizar los derechos fundamentales, criterio plenamente aplicable al contexto peruano.

5. Aportes comparados para el caso peruano

El análisis jurisprudencial comparado evidencia una tendencia clara: los tribunales constitucionales y supranacionales han priorizado el derecho a la identidad del menor por encima de consideraciones formales, contractuales o morales sobre la maternidad subrogada. Incluso en Estados donde esta práctica es prohibida, se reconoce que el niño no puede ser sancionado ni perjudicado por decisiones adoptadas por los adultos.

Desde esta perspectiva, el derecho comparado ofrece al Perú criterios interpretativos sólidos para resolver los conflictos derivados de la maternidad subrogada en ausencia de regulación expresa. La jurisprudencia analizada refuerza la idea de que el interés superior del niño y su derecho a la identidad deben constituir el eje central de cualquier decisión judicial o administrativa.

Del objetivo específico Nro. 03: **Describir cómo se reconoce la maternidad asistida.**

El análisis de resultados evidencia que el reconocimiento de la maternidad asistida en el Perú se realiza a través de procesos judiciales o administrativos de determinación de filiación, pues el ordenamiento jurídico no prevé un procedimiento automático o específico

para estos casos. En la práctica, la maternidad asistida tradicional (inseminación artificial o fecundación in vitro) se reconoce conforme a las reglas generales de filiación matrimonial o extramatrimonial, sin mayores conflictos.

No obstante, en los casos de maternidad subrogada, la determinación de la maternidad legal se vuelve problemática. El Registro Civil (RENIEC) exige que la madre que figura en el certificado médico de nacimiento sea la gestante, conforme al principio *mater semper certa est*. Esto genera controversias cuando los padres comitentes intentan registrar al menor sin que la madre gestante figure como tal.

El análisis muestra que la falta de lineamientos claros del Ministerio de Justicia y de RENIEC provoca decisiones contradictorias: algunos casos son inscritos por orden judicial, mientras que otros permanecen sin registro, afectando la identidad jurídica del niño.

En síntesis, el reconocimiento de la maternidad asistida en el Perú es fragmentario y depende de la vía judicial. Esto vulnera la seguridad jurídica de los menores y de las familias involucradas, demostrando la urgente necesidad de una reforma legislativa integral que regule expresamente la gestación subrogada y su reconocimiento legal.

Al respecto puede citarse el expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 en donde se ha establecido expresamente que, “la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas” (Fundamento Jurídico Nro. 7).

Por otro lado, está el Expediente 183515-2006-00113 del Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima. Esta menciona lo siguiente: “Cuando la maternidad genética y la gestante no coinciden, esto es “una situación de hecho que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida y a tenor del artículo 2 inciso 24 de la Constitución Política que regula el principio de reserva en virtud del cual ‘Nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe’ y por ende se considera lícita la conducta”. Este juzgado, por el contrario, afirma que no existe prohibición expresa que censure la maternidad subrogada, por ende, no puede considerársele como ilícita.

Del objetivo específico Nro. 04: **Describir el proceso de Reniec para la inscripción de menores hijos de maternidad subrogada.**

El análisis revela que el RENIEC carece de un protocolo específico para inscribir a los niños nacidos mediante maternidad subrogada. Según la Directiva N° 415-GSRENIEC, la inscripción de nacimientos se basa en el certificado médico emitido por el establecimiento de

salud, el cual consigna como madre a la gestante. Por tanto, el sistema registral se rige por el principio de veracidad documental, sin considerar la existencia de contratos o acuerdos de subrogación.

En la práctica, cuando los padres comitentes solicitan la inscripción del menor, el RENIEC exige una resolución judicial que declare la filiación, pues no cuenta con competencias para modificar la información del certificado de nacimiento. Esto genera demoras prolongadas que afectan el derecho del menor a tener un nombre y una identidad desde su nacimiento.

Además, los registros administrativos no contemplan la posibilidad de incluir información sobre los padres genéticos en caso de subrogación. Esta omisión puede derivar en situaciones de apatridia o de doble filiación contradictoria.

El estudio identifica también la falta de coordinación entre el RENIEC, el Ministerio de Salud y el Poder Judicial, lo que impide un tratamiento uniforme de estos casos. Mientras algunos tribunales ordenan la inscripción directa a nombre de los padres comitentes, otros mantienen la filiación a nombre de la gestante, generando inseguridad jurídica y desigualdad ante la ley.

En conclusión, el proceso de inscripción de menores nacidos por maternidad subrogada en el Perú es deficiente y carente de base normativa. El RENIEC actúa conforme a la legalidad vigente, pero esta no se encuentra adaptada a los avances de la reproducción asistida. Es indispensable establecer protocolos interinstitucionales y reformas legislativas que permitan la inscripción inmediata del menor, priorizando el interés superior del niño y su derecho a la identidad formal, garantizando así una protección integral y efectiva.

En la actualidad en el Perú se encuentra estipulado una normativa en el artículo 7° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842 (Congreso de la República del Perú, 1997). En donde indica que se puede procrear empleando técnicas para reproducirse de manera asistida. Cabe mencionar que, la norma citada refiere que quien gesta al concebido tiene la condición de madre.

Es por ello el problema que existe en el país, donde el RENIEC sin una ley clara no puede inscribir a un recién nacido procreado por gestación subrogada, en donde el declarante del infante sea el padre debido a que, el ordenamiento jurídico contempla en el artículo 21 del Código Civil, sólo es permitido que la madre pueda inscribir al niño o niña sin que se conozca la identidad paterna, dándole esa potestad de poder inscribir al hijo/a con sus respectivos apellidos, pero el padre no tiene esa facultad.

Es por ello, sumamente relevante que RENIEC debe tener un procedimiento de inscripción para los nacidos por medio de vientre subrogado, primando siempre el interés superior del niño y que se pueda desarrollar en una sociedad donde sea sujeto de derechos como obligaciones.

Marco Constitucional

- La Constitución del Perú reconoce el derecho a la identidad como fundamental (art. 2 inc. 1 y 2).
- Incluye nombre, filiación y nacionalidad.

Normativa Internacional

- Convención sobre los Derechos del Niño (art. 7 y 8) exige protección inmediata de identidad y filiación.
- La Corte IDH ha reforzado la primacía del interés superior del niño.

Realidad Peruana

- La maternidad subrogada carece de regulación expresa en el Perú.
- Esto genera vacíos legales sobre filiación, custodia y derechos hereditarios.

Sentencias Relevantes

- Exp. N.º 06634-2016-PA/TC (TC Perú): el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la identidad comprende la filiación y el origen biológico.
- Sentencia de la Corte Suprema, Casación N.º 1465-2016-Lima
- En casos de reproducción asistida, se reconoció la importancia de la voluntad procreacional.

Algunos autores defienden la maternidad subrogada altruista como vía legítima.

Otros advierten riesgo de cosificación y vulneración de la dignidad de la mujer.

El niño puede quedar con una filiación incierta si no hay regulación.

La falta de inscripción inmediata vulnera su derecho a identidad.

De esta forma:

- La maternidad subrogada en el Perú exige una reforma legislativa que:
 - Reconozca el derecho a la identidad del niño.
 - Establezca criterios claros sobre filiación.
 - Equilibre derechos reproductivos con la protección integral del menor

4.2. Discusión de Resultados

Respecto ¿cuáles son los medios de maternidad asistida amparados por la legislación peruana?

Existe una falta de regulación de la maternidad subrogada gestacional. Como ya se ha hecho hincapié, según el artículo 7 de la Ley General de Salud, la condición de madre genética y madre gestante debe recaer en la misma mujer que utiliza un método para convertirse en madre. Si se realiza una interpretación literal, puede llegar a afirmarse que dicha norma prohíbe este tipo de maternidad pues se señala que en la aplicación de estas técnicas, la condición de madre genética y madre gestante deberá consolidarse en una sola persona; sin embargo ello no puede entenderse como una prohibición explícita a la

subrogación en general, en la medida en que dicho artículo se limita a estipular un supuesto de maternidad, mas no prohíbe los demás de forma clara.

Respecto ¿De qué manera el RENIEC contempla la inscripción de menores hijos de maternidad subrogada?

Entre las sentencias revisadas, se pueden citar básicamente las siguientes: en el EXP. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, el QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL ha establecido que: “el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAS, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que 13 una interpretación a contrario sensu de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa. Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona” (F.J. 9).

También, se cita el EXP. N.º 183515-2006-00113 expuesto por el QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA, que literalmente ha indicado: “la Ley General de Salud contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone: “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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

Del mismo modo, en el citado expediente, se ha establecido expresamente que, “carecería de sentido jurídico y de justicia que en un Estado Constitucional las disposiciones previstas en la Constitución y en tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano no pudiesen servir como parámetro normativo vinculante que de forma directa sirvan para solucionar el caso de los menores de edad E.M. y C.M., de cuatro años. 49. Lo que en el presente caso constitucional está en discusión es si los menores E.M. y C.M. deben ser inscritos o no y, por tanto, si se debe expedir a su favor el respectivo DNI peruano que acredite su identidad y nacionalidad peruana. Al respecto, deben tenerse en cuenta las consideraciones que a continuación se expresan” (EXP. N° 00882-2023-PA/TC, Fundamento Jurídico nro. 48).

Así mismo, se cita la Casación N° 4323-2010, SALA CIVIL PERMANENTE, em donde se ha planteado que: “Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos contenidos en los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria,

y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente “Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos por utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)” y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual lo configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria”.

Finalmente, se puede citar el Acuerdo Plenario N°. 04-2023/CIJ-112I, donde se ha planteado que: “en concordancia con los lineamientos ya estipulados, en cuanto a la doctrina para la configuración del comportamiento típico del sujeto activo por este delito, se requiere que: (i) se eludan los procedimientos legales de adopción; (ii) medie una compensación económica; y, (iii) la finalidad de la entrega sea establecer una relación análoga a la de filiación, es decir, que voluntariamente asuma los deberes inherentes a la patria potestad. En caso la retención del menor sea con el fin de que mendigue en las calles o realice trabajos, entonces se tratará de otro tipo de explotación (incluso otros más graves), pero no adopción ilegal”.

En relación con un análisis comparativo se puede plantear lo siguiente:

Tabla 1

Cuadro comparativo

	Expediente Nro. 06374-2016-0-1801-Jr-Ci-05	Casación 5003-2007, Lima
Derecho a la Identidad	Al respecto, existe una clara referencia al derecho a la identidad, en donde se indica que: “corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores , derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. El Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho ocupa un lugar esencial entre los	Si bien no se ha realizado un mayor análisis sobre dicho derecho, casuísticamente señala que “no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de ,la demandante

	<p>atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (Fundamento Jurídico Nro. 12).</p>	<p>y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad” (Fundamento Jurídico 2).</p>
<p>Interés superior del niño</p>	<p>Sobre este principio, el juzgado expresamente plantea que: “se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores (...) Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores” (Fundamento Jurídico Nro. 10).</p>	<p>La casación en mención no ha hecho mayor referencia a dicho principio.</p>
<p>Maternidad subrogada</p>	<p>Sobre este tipo de maternidad, se ha planteado que “el derecho a la vida</p>	<p>Se ha planteado que “el reconocimiento de maternidad</p>

privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho” (F.J. 7)

Asimismo, agregar que **“El derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias** de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (Fundamento Jurídico Nro. 12).

efectuado por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada “ovodonación”, la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud” (Fundamento Jurídico Nro. 2).

Análisis

El análisis hermenéutico de la maternidad subrogada y su relación con el derecho a la identidad del menor en el ordenamiento jurídico peruano exige una interpretación integral y sistemática del derecho, que trascienda la literalidad de las normas y permita comprender su sentido a la luz de los principios constitucionales, los valores del Estado constitucional de derecho y los estándares internacionales de derechos humanos. En efecto, la ausencia de una regulación expresa

De dicha sentencia, se infiere que reconoce la maternidad subrogada, a partir de plantear que, se transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.

sobre la maternidad subrogada no puede ser interpretada como una prohibición absoluta ni como una autorización tácita irrestricta, sino como un vacío normativo que debe ser llenado mediante una interpretación constitucionalmente orientada.

Desde una hermenéutica constitucional, el derecho a la identidad del menor debe ser interpretado como un derecho fundamental de contenido complejo, que integra dimensiones biológicas, jurídicas, personales y sociales. En este sentido, el reconocimiento constitucional del derecho a la identidad no se agota en la determinación formal de la filiación, sino que comprende el derecho del niño a conocer su origen genético, a construir su identidad personal y a desarrollarse en un entorno familiar estable y protegido. Bajo esta premisa, cualquier interpretación normativa relacionada con la maternidad subrogada debe partir del principio del interés superior del niño como criterio hermenéutico prevalente.

Nota: Se muestra un análisis y cuadro comparativo sobre expedientes y doctrina.

El caso examinado constituye uno de los precedentes judiciales más relevantes en el Perú sobre maternidad subrogada y derecho a la identidad del menor, al integrar una triple dimensión jurídica: la protección constitucional del niño, la autodeterminación reproductiva de los adultos y la tensión entre las normas sanitarias y los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista dogmático, el pronunciamiento judicial parte del reconocimiento de que el derecho a la identidad, consagrado en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, es un derecho fundamental de naturaleza compleja y autónoma. El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que este derecho no solo se refiere al nombre o filiación formal, sino también a la identidad biológica, genética, cultural y social. En el fundamento jurídico N.º 12, se resalta que la identidad representa el derecho de toda persona “a ser reconocida estrictamente por lo que es y por el modo como es”, abarcando tanto aspectos objetivos (nombre, filiación, genética, rasgos físicos) como subjetivos (valores, ideología, identidad cultural y reputación).

En el contexto de la maternidad subrogada, este principio adquiere un carácter determinante, pues el menor nacido mediante esta técnica se enfrenta a una situación de pluralidad materna: la madre biológica (aportante del óvulo), la madre gestante (que lleva el embarazo) y la madre intencional (quien desea y asume el rol materno). En la sentencia, el juzgado reconoce que negar la identidad biológica y volitiva del niño vulnera directamente su derecho a la identidad formal y sustancial. Se establece así un vínculo entre el reconocimiento de filiación y la tutela constitucional de la identidad, superando el criterio civilista tradicional que define la maternidad exclusivamente por el parto (artículo 361 del Código Civil).

Asimismo, el fallo introduce la aplicación del principio del interés superior del niño, el cual constituye un mandato constitucional y convencional de primer orden. El juzgado, en el fundamento jurídico N.º 10, enfatiza que el análisis no puede limitarse a los derechos de los adultos involucrados en el proceso de gestación, sino que debe priorizarse el bienestar y la estabilidad emocional de los menores. Se subraya que la Sra. Ballesteros actuó desde el inicio con voluntad procreacional, mientras que la gestante manifestó la intención de entregar a los menores. Esta distinción entre la intención de procrear y la mera gestación refuerza la tesis doctrinal de que la maternidad no debe ser determinada únicamente por el hecho biológico del parto, sino también por la voluntad y el vínculo afectivo que sustentan la decisión de formar una familia.

Este razonamiento judicial se alinea con la tendencia del derecho comparado — particularmente las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso *Menesson y Labassee vs. Francia*, 2014)—, donde se reconoce que los menores nacidos por gestación subrogada no pueden ser privados de su filiación ni de su identidad legal por la falta de regulación nacional, pues ello contraviene el derecho a la vida privada y familiar consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto al análisis de la maternidad subrogada como práctica médica y jurídica, la sentencia destaca que el derecho a la vida privada y familiar se encuentra estrechamente vinculado con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva. En el fundamento jurídico N.º 7 se establece que el Estado no puede imponer restricciones

arbitrarias o desproporcionadas que limiten el ejercicio de las decisiones reproductivas de las personas. De esta forma, se reconoce que el derecho a acceder a técnicas de reproducción asistida forma parte del contenido esencial del derecho a la salud y a la libertad personal, en coherencia con el artículo 7 de la Ley General de Salud y con los estándares de derechos humanos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La propia sentencia evidencia la contradicción existente entre la normativa interna, que carece de regulación expresa sobre la subrogación, y los principios convencionales internacionales, que garantizan la libertad reproductiva y la protección del niño. Así, el fallo sostiene que la normativa peruana no prohíbe las técnicas de reproducción asistida, y que su utilización no puede considerarse ilícita si su resultado —el nacimiento de un niño— representa la concreción de un proyecto familiar legítimo y amparado por derechos fundamentales.

El razonamiento del órgano jurisdiccional se apoya en una lectura integral y garantista del sistema constitucional. Por un lado, reconoce el derecho de los adultos a decidir libremente sobre su maternidad o paternidad mediante técnicas de asistencia reproductiva; y por otro, prioriza el derecho del niño a ser reconocido legalmente conforme a su origen biológico y a su entorno familiar real. Este equilibrio entre derechos individuales y colectivos evita caer en una interpretación restrictiva de la maternidad, promoviendo una visión moderna, humanista y constitucional del derecho de familia.

De igual modo, el fallo refuta implícitamente los argumentos que invocan el artículo 7 de la Ley General de Salud como prohibición de las técnicas de donación de óvulos o gestación subrogada. El juzgado interpreta que dicho artículo no establece una prohibición absoluta, sino que busca evitar prácticas contrarias a la dignidad humana. En el caso analizado, la voluntad procreacional de la madre intencional y la paternidad biológica del esposo justifican plenamente el reconocimiento de filiación, ya que el fin perseguido no es comercial, sino familiar.

Este razonamiento implica una revalorización de la maternidad subrogada como una modalidad legítima de ejercicio de la autonomía reproductiva, siempre que se preserve la dignidad de la mujer gestante y los derechos del menor. El reconocimiento judicial de la maternidad de la Sra. Ballesteros y la paternidad del esposo biológico se fundamenta, por tanto, en la prevalencia del principio de realidad biológica y afectiva sobre las formalidades registrales.

A partir de un cuadro de análisis, se puede plantear lo siguiente:

Tabla 2

Cuadro comparativo de doctrina

	Gonzáles (2020)	Barrueto (2020)
Derecho a la Identidad	Al respecto, dicho autor ha señalado que “la identidad biológica es un derecho fundamental por ser personalísimo inherente a toda persona y si no existe una ley clara y expresa con relación a la identidad biológica, pero si señala la Constitución peruana, Convenios y Tratados internacionales que brindan amparo total al ser humano” (p. 122).	Sobre dicho derecho, se ha planteado que “el derecho a la identidad de los niños es crucial. Aunque no exista una regulación específica en Perú, la protección de este derecho se garantiza a través del principio del interés superior del niño. Se necesita una regulación que establezca la filiación y evite la vulneración de la identidad del menor” (p. 34).
Interés Superior del Niño	Sobre ello, dicho autor ha indicado que “el principio de interés superior del niño en el contexto de la maternidad subrogada debe asegurar que los acuerdos de gestación subrogada no comprometan el bienestar y los derechos de los niños. Es fundamental que se establezca una regulación legal clara y se considere la identidad, el vínculo con los padres y la protección de los niños nacidos mediante este proceso” (p. 88).	El citado autor ha indicado que “la maternidad subrogada, si se realiza con respeto a los derechos y el interés superior del niño, puede ser una opción para algunas parejas que no pueden tener hijos de otra manera. Sin embargo, es crucial que se establezca una regulación legal clara y se protejan los derechos de todas las personas involucradas” (p. 99).
Maternidad Subrogada	Dicho autor ha indicado que “es un proceso en el que una mujer (gestante) lleva un embarazo y da a luz a un bebé que es genética y legalmente propiedad de otra persona o pareja. Esta persona o pareja, que serán los padres intencionales, no pueden concebir o llevar a término un embarazo por sí mismos” (p. 77).	Se ha indicado que “la filiación de menores producto de los métodos reproductivos heterólogos, si funciona bajo el consenso mutuo; también, algunos países como España, Argentina Francia y Portugal no tienen problema con la filiación, por tener una norma especial que es el consentimiento mutuo

		y con ello pueden acudir a la técnica heteróloga y homóloga” (p. 88).
Análisis	Se puede plantear que dicho autor ha sostenido que la maternidad subrogada, en la que una mujer gesta un niño para otra persona o pareja, plantea una serie de dilemas legales complejos. Por lo que es fundamental tutelar los derechos del menor.	Se plantea que la maternidad subrogada es un tema complejo que requiere una reflexión ética y jurídica rigurosa para proteger los derechos de los niños en cuanto a su identidad y el interés superior del niño.

Nota: Se realizó un análisis doctrinal sobre el derecho a la identidad.

En este eje, Gonzáles (2020) enfatiza que el principio del interés superior del niño debe servir como parámetro rector en la interpretación y aplicación de las normas relacionadas con la maternidad subrogada. Plantea que este principio no puede limitarse a un concepto retórico, sino que debe traducirse en medidas concretas que garanticen el bienestar físico, emocional y jurídico de los niños nacidos mediante estas técnicas. Advierte que los acuerdos de gestación subrogada no deben comprometer el bienestar ni instrumentalizar a los menores, por lo que resulta indispensable establecer mecanismos de control y una legislación que asegure transparencia, consentimiento informado y protección integral.

Barrueto (2020) complementa este razonamiento al sostener que la maternidad subrogada puede ser una alternativa legítima y ética para las parejas que no pueden concebir, siempre que se realice con estricto respeto al interés superior del niño. Propone una regulación que contemple salvaguardas para todas las partes involucradas, evitando prácticas de explotación o tráfico infantil. Así, su enfoque introduce una visión equilibrada que no criminaliza la subrogación, pero insiste en la necesidad de proteger prioritariamente al menor como sujeto de derecho.

En conjunto, ambos autores coinciden en que el interés superior del niño constituye la piedra angular que debe guiar cualquier decisión sobre filiación y reconocimiento en casos de maternidad subrogada, y que la falta de legislación específica genera incertidumbre que puede poner en riesgo la identidad y la estabilidad familiar de los menores.

Barrueto (2020), en cambio, adopta un enfoque comparado, destacando cómo países como España, Argentina, Francia y Portugal han desarrollado legislaciones que permiten resolver los conflictos de filiación derivados de la subrogación mediante el consentimiento mutuo y la regulación de las técnicas heterólogas y homólogas. Su análisis sugiere que el Perú debería aprender de estos modelos normativos para establecer un marco legal coherente y respetuoso de los derechos fundamentales. Asimismo, enfatiza que la filiación

en los casos de reproducción asistida debe fundarse en la intención parental y el consentimiento informado, evitando que los niños queden en un limbo jurídico por falta de normativa.

La Ley General de Salud (Ley N.º 26842) constituye el marco normativo fundamental que regula las actividades vinculadas a la protección de la salud, la práctica médica y el uso de procedimientos científicos aplicados al cuerpo humano en el Perú. Si bien esta norma no regula de manera expresa la maternidad subrogada, su contenido resulta jurídicamente relevante para el análisis de las técnicas de reproducción humana asistida, en tanto establece principios, límites y deberes aplicables a las intervenciones médicas relacionadas con la reproducción.

Desde una interpretación sistemática, la Ley General de Salud reconoce el derecho de toda persona a la protección de su salud y a recibir atención médica conforme a principios de dignidad, ética y responsabilidad profesional. En el contexto de la maternidad subrogada, esta protección se proyecta tanto sobre la mujer gestante como sobre el embrión y el niño por nacer, lo que obliga a considerar esta práctica no solo como un fenómeno jurídico-familiar, sino también como un acto médico sujeto a regulación sanitaria.

El artículo II del Título Preliminar de la Ley General de Salud establece que la protección de la salud es de interés público, lo cual implica que el Estado tiene la obligación de regular, supervisar y controlar las prácticas médicas que puedan generar riesgos para las personas. Desde esta perspectiva, la maternidad subrogada, al involucrar procedimientos como la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y el seguimiento del embarazo, se encuentra dentro del ámbito material de la ley, aun cuando no esté específicamente regulada.

Asimismo, la Ley General de Salud reconoce límites éticos a la intervención sobre el cuerpo humano. El uso de técnicas de reproducción asistida debe respetar la dignidad de la persona y no puede dar lugar a prácticas que impliquen la mercantilización del cuerpo humano. Esta disposición resulta especialmente relevante en el análisis de la maternidad subrogada, pues obliga a diferenciar entre una práctica médica orientada a resolver problemas de infertilidad y eventuales formas de explotación o comercialización del cuerpo de la mujer gestante.

Desde una interpretación teleológica, la finalidad de la Ley General de Salud no es prohibir el avance científico, sino encauzarlo dentro de parámetros éticos y jurídicos que garanticen la protección de la persona humana. En este sentido, el silencio normativo respecto de la maternidad subrogada no puede interpretarse como una prohibición implícita, sino como una omisión regulatoria que debe ser abordada mediante una interpretación conforme a los derechos fundamentales y a los principios de bioética.

La Ley General de Salud también reconoce la protección del concebido como sujeto de especial tutela. Esta protección se proyecta sobre el derecho del niño por nacer a desarrollarse en condiciones adecuadas y a no ser objeto de prácticas médicas que comprometan su integridad o dignidad. En los casos de maternidad subrogada, esta protección debe extenderse al derecho del menor a una identidad clara desde el nacimiento, evitando situaciones de indefinición jurídica que puedan afectar su acceso a derechos básicos como la inscripción registral y la filiación.

Desde el punto de vista de la responsabilidad médica, la Ley General de Salud impone deberes de diligencia, información y consentimiento informado. En la maternidad subrogada, estos deberes adquieren especial relevancia, pues involucran no solo a la mujer gestante, sino también a los padres intencionales. La ausencia de una regulación específica incrementa el riesgo de conflictos posteriores, lo que refuerza la necesidad de una normativa clara que articule el ámbito sanitario con el jurídico-familiar.

El análisis desde la Ley General de Salud también permite advertir una desconexión normativa entre el ámbito sanitario y el civil. Mientras que la ley sanitaria regula los procedimientos médicos de reproducción asistida, el Código Civil regula la filiación sin contemplar estos avances científicos. Esta falta de articulación normativa genera un vacío que impacta directamente en el derecho a la identidad del menor, pues el acto médico que da origen a la vida no encuentra un correlato jurídico claro en el régimen de filiación.

Desde una interpretación conforme a la Constitución, la Ley General de Salud debe ser aplicada de manera armónica con el derecho a la identidad del menor y el principio del interés superior del niño. Ello implica que cualquier práctica médica vinculada a la maternidad subrogada debe orientarse no solo a la eficacia reproductiva, sino también a garantizar que el niño nacido mediante estas técnicas cuente con una protección jurídica integral desde el inicio de su vida.

En conclusión, el análisis de la maternidad subrogada desde la Ley General de Salud evidencia que, aunque esta norma no regula expresamente dicha práctica, sí establece principios y límites éticos aplicables a las técnicas de reproducción asistida. La ausencia de regulación específica no excluye la aplicación de la ley, sino que pone de manifiesto la necesidad de una interpretación sistemática y constitucional que articule el ámbito sanitario con el civil y el familiar, garantizando la dignidad humana y el derecho a la identidad del menor. Esta lectura refuerza la urgencia de una regulación integral que conecte la práctica médica con la protección efectiva de los derechos fundamentales involucrados.

- Interpretación de la autora:

La maternidad subrogada, en el contexto del ordenamiento jurídico peruano, constituye un fenómeno jurídico-social que tensiona de manera directa las categorías tradicionales del derecho de familia y obliga a replantear los criterios clásicos de

determinación de la filiación y de protección de los derechos del niño. La inexistencia de una regulación expresa no elimina la práctica ni sus efectos jurídicos, sino que traslada su tratamiento al ámbito interpretativo de jueces y operadores jurídicos, quienes se ven compelidos a resolver conflictos complejos a partir de normas concebidas para realidades familiares distintas. Esta situación revela una brecha estructural entre el derecho positivo y la realidad social, que debe ser abordada desde una interpretación constitucional y sistemática del ordenamiento jurídico.

Desde una interpretación constitucional, el derecho a la identidad del menor debe ser entendido como un derecho fundamental de carácter integral, cuya protección no puede subordinarse a formalismos legales ni a vacíos normativos. La identidad del niño comprende su origen biológico, su filiación jurídica, su nombre, nacionalidad y su pertenencia familiar y social. En los supuestos de maternidad subrogada, estos elementos pueden verse fragmentados si el ordenamiento jurídico no ofrece respuestas claras y coherentes, lo que exige que la interpretación de las normas civiles y administrativas se oriente prioritariamente a garantizar la continuidad y estabilidad de la identidad del menor, conforme al principio del interés superior del niño.

Desde una interpretación sistemática, resulta necesario armonizar las normas constitucionales, civiles y de protección del niño, evitando lecturas aisladas que privilegien únicamente la verdad biológica o, por el contrario, la voluntad contractual de los adultos. La maternidad subrogada introduce una pluralidad de vínculos —genético, gestacional y socioafectivo— que deben ser ponderados de manera razonada. En este sentido, la interpretación analítica del sistema jurídico permite sostener que la filiación no puede definirse exclusivamente por el dato biológico ni por la gestación, sino que debe integrar el componente volitivo y afectivo, siempre que ello favorezca la estabilidad emocional y jurídica del menor.

Desde una perspectiva de derechos humanos, la interpretación del derecho a la identidad del menor debe realizarse conforme al principio pro-persona, ampliando su alcance y contenido en favor del niño. Ello implica reconocer su derecho a conocer sus orígenes biológicos, aun cuando la filiación jurídica se atribuya a los padres intencionales, así como garantizar mecanismos que permitan el acceso a dicha información en condiciones que respeten su desarrollo progresivo. Negar o restringir este derecho, bajo el argumento de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada, resultaría incompatible con los estándares internacionales de protección de la infancia.

Por otro lado, una interpretación analítica del silencio legislativo revela que la falta de regulación no puede ser entendida como una prohibición tácita ni como una aceptación acrítica de la práctica, sino como una omisión que debe ser suplida mediante criterios interpretativos orientados a la protección de los derechos fundamentales. En este marco, los jueces tienen un rol clave como intérpretes constitucionales, debiendo adoptar decisiones que

prioricen la seguridad jurídica del menor y eviten situaciones de indeterminación de la filiación o vulneración de su identidad.

De esta forma una interpretación amplia y analítica de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano conduce a afirmar que el derecho a la identidad del menor debe erigirse como eje rector de cualquier solución jurídica, imponiendo la necesidad de reinterpretar las normas vigentes de manera evolutiva y conforme a la Constitución. Esta interpretación no solo permite resolver los conflictos actuales, sino que también evidencia la urgencia de una regulación legislativa que brinde coherencia, previsibilidad y una tutela efectiva de los derechos del niño frente a los desafíos que plantea la maternidad subrogada.

CONCLUSIONES

1. Se concluye que la maternidad subrogada incide directamente en la identidad formal del menor debido al vacío normativo existente en el Perú. La ausencia de regulación impide una determinación clara de la filiación, lo que genera vulneración del derecho a la identidad, inseguridad jurídica y desigualdad en el tratamiento de los casos. Es urgente que el ordenamiento jurídico peruano establezca una norma específica que garantice el reconocimiento pleno del menor nacido bajo esta modalidad.
2. Se concluye que los medios de maternidad asistida reconocidos por la legislación peruana son limitados y no contemplan expresamente la gestación por sustitución. Aunque el ordenamiento admite técnicas como la inseminación artificial y la fecundación in vitro, no regula los efectos jurídicos de la subrogación, lo cual genera vacíos legales que afectan la filiación y el registro civil del menor.
3. Se concluye que los criterios utilizados para el reconocimiento de la maternidad asistida en el Perú provienen principalmente de la jurisprudencia y de los principios constitucionales, tales como el interés superior del niño y la dignidad humana. Sin embargo, la falta de uniformidad en su aplicación ocasiona decisiones judiciales contradictorias, evidenciando la necesidad de una regulación clara que unifique criterios.
4. Se concluye que el reconocimiento de la maternidad asistida en el Perú se realiza principalmente por vía judicial, debido a la ausencia de normas específicas. En los casos de subrogación, prevalece el criterio biológico de la gestante, lo que impide que los padres comitentes sean reconocidos de inmediato como progenitores. Esta situación limita el ejercicio del derecho a la identidad del menor y genera inseguridad jurídica.
5. Se concluye que el RENIEC no cuenta con un procedimiento especial para inscribir a los menores nacidos mediante maternidad subrogada, por lo que se rige por el certificado médico de nacimiento que consigna a la madre gestante. Esta práctica administrativa, aunque legalmente válida, vulnera el derecho a la identidad del menor al depender de una resolución judicial para determinar la filiación real, evidenciando la necesidad de establecer protocolos normativos y administrativos claros.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda que el legislador peruano promueva la aprobación de una ley específica sobre maternidad subrogada, que regule la filiación, el consentimiento de las partes y el reconocimiento legal del menor, garantizando así el derecho a la identidad y evitando la inseguridad jurídica derivada del vacío normativo actual.
2. Se recomienda que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en coordinación con el Ministerio de Salud, actualice la legislación en materia de reproducción asistida, incorporando expresamente la gestación por sustitución y regulando sus efectos jurídicos, a fin de reconocer la filiación de los niños nacidos bajo esta modalidad de manera clara y uniforme.
3. Se recomienda que el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional establezcan lineamientos jurisprudenciales unificados respecto al reconocimiento de la maternidad subrogada, aplicando de manera consistente los principios de interés superior del niño y dignidad humana, hasta que el Congreso apruebe una ley que brinde seguridad jurídica en la materia.
4. Se recomienda implementar un procedimiento administrativo especial ante el RENIEC y los hospitales públicos que permita reconocer directamente a los padres comitentes como progenitores, siempre que exista consentimiento previo y verificable, evitando procesos judiciales prolongados que vulneren el derecho a la identidad del menor.
5. Se recomienda que el RENIEC elabore un protocolo específico para la inscripción de menores nacidos mediante maternidad subrogada, que contemple la presentación del contrato de subrogación y el consentimiento de las partes, con el fin de garantizar la filiación correcta y proteger el derecho a la identidad del niño desde su nacimiento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arnao, F. (2007). *El proceso de la investigación científica* (5.ª ed.). Bogotá: Limusa.
- Barral, G. (2020). *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea
- Barrera, A. (2010). Reproducción asistida y derecho a la identidad genética. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, (146), 101–130.
<https://doi.org/10.51302/ceflegal.2013.11643>
- Barrueto, P. (2020). El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana. *Persona y Familia*, 1(4), 47–65. <https://doi.org/10.33539/peryfa.2015.n4.447>
- Cabrera, P. (2022). *La regulación de la maternidad subrogada en el Perú, 2021*. Lima: Universidad Privada del Norte.
- Cárdenas, S. (2021). Bioética para la regulación de las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución en México. *Ius Inkarri*, 12(14), 55–80.
<https://doi.org/10.59885/iusinkarri.2023.v12n14.03>
- Carruitero, F. (2015). *Metodología de la investigación: Administración, humanidades y ciencias sociales* (3.ª ed.). Madrid: Pearson Educación.
- Castro, A. (2021). *La maternidad subrogada y filiación en el anteproyecto de la reforma del código civil peruano*. Lima: Universidad Peruana Los Andes
- Ceci, G. y Espinoza, T. (2020). *Protección jurídica al derecho de la identidad del recién nacido de forma inmediata en el Ecuador*. Machala: Universidad Técnica de Machala
- Corrales, T. (2016). *El proceso de investigación* (4.ª ed.). Caracas: Panapo
- Del Águila, F. (2018). *La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana*. Lima: Universidad Autónoma del Perú
- Dos Santos, R. (2010). *La investigación y sus fuentes documentales*. Buenos Aires: Astrea
- García, G. (2020). *Procesos cuantitativos y metodologías para su estudio*. Bogotá: Themis
- Guevara, K. (2020). *Protección del derecho a la identidad del niño en los casos de maternidad subrogada en la ciudad de Chiclayo, 2018*. Chiclayo: Universidad Señor de Sipán
- Fuentes, J. (2020). *La investigación como objeto de interpretación y recopilación de textos*. Lima: Editorial San Marcos
- Fuenzalida, G. (2014). El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial. *LA LEY S.A.E. e I.; DFyP*, septiembre
- Garrido, P. (2018). La donación anónima de gametos para reproducción humana asistida en España: problemas y retos. *Revista de Bioética y Derecho*, 38, 71–86.
- González, A. (2020). *Fecundación asistida e identidad personal*. Buenos Aires: Astrea.

- Illesca, G. (2022). La maternidad subrogada y su incidencia sobre el principio del interés superior del niño y los derechos de filiación en el Ecuador. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Kerlinger, F. (2010). Metodología de la investigación científica. Bogotá: Themis
- Leiva, K. (2023). La maternidad subrogada en el Ecuador y los derechos de los intervinientes. Chimborazo: Universidad Nacional de Chimborazo
- Magán, C. (2021). El tratamiento legislativo de la maternidad subrogada en el Perú. Lima: Universidad Ricardo Palma
- Palomino, B. (2022). Derecho a la identidad en la maternidad subrogada en la legislación peruana. Lima: Universidad César Vallejo.
- Prado, V. (2022). Protección Jurídica del Concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Revista CIENCIA Y TECNOLOGÍA, 15(3), 147–154. “Recuperado de” <https://www.revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/view/2531>
- Reyes, U. (2022). La maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego
- Roel, F. (2020). Derecho a la identidad de las personas concebidas por fecundación in vitro vs derecho a la intimidad y anonimato del donador de esperma. Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar, 7(5), 6575–6608. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i5.8244
- Sosa, A. (2020). Derecho y nueva Eugenesia. Un estudio desde la ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Pamplona: EUNSA
- Vaca, H. (2019). El derecho a la identidad y el interés superior del niño, en el Cantón Ambato, provincia de Tungurahua. Ambato: Universidad Técnica de Ambato
- Valderrama, S. (2010). Pasos para elaborar un proyecto de investigación. Lima: Editorial San Marcos.
- Varsi, E. (2021). Derecho a la identidad. Lima: Editorial Gaceta Jurídica
- Villalba, M. (2021). Análisis de la familia frente a la problemática jurídica acerca de la gestación subrogada en el Ecuador. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA:

Título: La Maternidad subrogada y el derecho a la identidad del menor, en el ordenamiento Jurídico Peruano

PROBLEMAS	OBJETIVOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p>General: ¿De qué manera la maternidad subrogada incide en la identidad del menor?</p> <p>Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - ¿Cuáles son los medios de maternidad asistida amparados por la legislación peruana? - ¿Qué criterios se han tomado en cuenta para el reconocimiento de los medios de maternidad asistida en el Perú? - ¿Cómo se reconoce la maternidad asistida? - ¿De qué manera el RENIEC contempla la 	<p>General: Analizar la incidencia de la maternidad subrogada en la identidad formal del menor.</p> <p>Específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Describir los medios de maternidad asistida amparados por la legislación peruana - Describir los criterios tomados en cuenta para el reconocimiento de los medios de maternidad asistida - Describir cómo se reconoce la maternidad asistida. - Describir el proceso de RENIEC para la inscripción 	<p>Categoría Uno: Maternidad subrogada.</p> <p>Categoría Dos: Identidad del menor</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Proceso médico en el que una mujer (la gestante subrogada) lleva un embarazo para otra persona. - El embrión se implanta en el útero de la gestante subrogada. - Derecho a la identidad estática. - Derecho a la identidad dinámica. 	<p>Enfoque de Investigación: Cualitativo</p> <p>Tipo de Investigación: Investigación jurídica dogmática.</p> <p>Nivel De Investigación: Nivel explicativo.</p> <p>Diseño de la Investigación: Diseño no experimental.</p> <p>Técnicas de Recopilación de Datos: Análisis documental.</p>

inscripción de menores hijos de maternidad subrogada?	de menores hijos de maternidad subrogada.			Instrumento de Investigación Ficha de análisis bibliográfica.
---	---	--	--	---

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE CATEGORÍAS

Tipo de categoría	Categoría	Definición Conceptual	Subcategorías
Categoría Uno	Maternidad subrogada	“La maternidad subrogada, también conocida como gestación subrogada o vientre de alquiler, es un método de reproducción asistida en el que una mujer (la gestante) lleva un embarazo a término y da a luz un bebé para otra persona o pareja. La mujer gestante suele hacerlo porque la pareja intencional no puede concebir o gestar por sí misma debido a problemas médicos” (Varsi, 2020, p. 33).	<ul style="list-style-type: none"> -Proceso médico en el que una mujer (la gestante subrogada) lleva un embarazo para otra persona. -El embrión se implanta en el útero de la gestante subrogada.
Categoría Dos	Identidad del menor	“El derecho a la identidad es el derecho fundamental que tiene toda persona a ser reconocida como individuo único, incluyendo su nombre, nacionalidad, origen, y la posibilidad de expresarse libremente. Este derecho protege la identidad tanto a nivel jurídico (mediante documentos como el DNI o certificado de nacimiento) como personal, permitiendo el desarrollo de la propia conciencia y personalidad sin interferencias” (Espinoza, 2022, p. 111).	<ul style="list-style-type: none"> -Derecho a la identidad estática. -Derecho a la identidad dinámica.

Instrumento de Investigación

Ficha de Análisis Bibliográfica

	González (2020)	Barrueto (2020)	Análisis de la Autora
Derecho a la Identidad	Al respecto, dicho autor ha señalado que “la identidad biológica es un derecho fundamental por ser personalísimo inherente a toda persona y si no existe una ley clara y expresa con relación a la identidad biológica, pero si señala la Constitución peruana, Convenios y Tratados internacionales que brindan amparo total al ser humano” (p. 122).	Sobre dicho derecho, se ha planteado que “el derecho a la identidad de los niños es crucial. Aunque no exista una regulación específica en Perú, la protección de este derecho se garantiza a través del principio del interés superior del niño. Se necesita una regulación que establezca la filiación y evite la vulneración de la identidad del menor” (p. 34).	El derecho a la identidad constituye un pilar fundamental de los derechos humanos, en tanto garantiza a toda persona conocer su origen biológico, filiación y elementos esenciales de su individualidad. La maternidad subrogada, como técnica de reproducción asistida, plantea un desafío directo a este derecho, pues en ella intervienen múltiples actores: la madre gestante, los padres intencionales y, en algunos casos, donantes de gametos. Esta complejidad genera tensiones respecto a la determinación de la filiación y la garantía del acceso a la información genética del nacido. En muchos ordenamientos jurídicos, la ausencia de regulación clara sobre la subrogación abre la puerta a la vulneración del derecho a la identidad, en especial del niño. El debate se centra en conciliar la autonomía reproductiva de los adultos con el interés superior del menor,

			que exige transparencia y reconocimiento pleno de su historia personal. Desde un enfoque bioético y jurídico, se sostiene que cualquier regulación sobre maternidad subrogada debe priorizar la protección del derecho a la identidad, asegurando mecanismos legales para el acceso a los datos de origen, evitando así la cosificación del niño y fortaleciendo su desarrollo integral.
Interés Superior del Niño	Sobre ello, dicho autor ha indicado que “el principio de interés superior del niño en el contexto de la maternidad subrogada debe asegurar que los acuerdos de gestación subrogada no comprometan el bienestar y los derechos de los niños. Es fundamental que se establezca una regulación legal clara y se considere la identidad, el vínculo con los padres y la protección de	El citado autor ha indicado que “la maternidad subrogada, si se realiza con respeto a los derechos y el interés superior del niño, puede ser una opción para algunas parejas que no pueden tener hijos de otra manera. Sin embargo, es crucial que se establezca una regulación legal clara y se protejan los derechos de todas las personas involucradas” (p. 99).	El principio del interés superior del niño es el eje rector en toda normativa y decisión relacionada con la infancia, y adquiere especial relevancia en los casos de maternidad subrogada. Esta práctica plantea dilemas jurídicos y éticos porque involucra no solo los derechos de los adultos que buscan procrear, sino también los del niño que nace bajo esta modalidad. La ausencia de una regulación clara puede afectar el reconocimiento oportuno de la filiación y, en consecuencia, la estabilidad jurídica y emocional del menor.

	los niños nacidos mediante este proceso” (p. 88).		Además, el interés superior del niño exige que se le garantice una identidad clara, acceso a sus orígenes biológicos y un entorno familiar estable. El riesgo de prácticas comerciales de subrogación, si no están debidamente reguladas, puede convertir al niño en objeto de contrato, lo que contradice su dignidad y derechos fundamentales. Por ello, toda legislación sobre maternidad subrogada debe priorizar la protección integral del niño, estableciendo salvaguardas que aseguren su bienestar físico, emocional y social. En definitiva, el interés superior del niño debe prevalecer frente a los intereses contractuales o económicos de los adultos involucrados.
Maternidad Subrogada	Dicho autor ha indicado que “es un proceso en el que una mujer (gestante) lleva un embarazo y da a luz a un bebé que es genética y legalmente propiedad de otra persona o pareja. Esta persona o	Se ha indicado que “la filiación de menores producto de los métodos reproductivos heterólogos, si funciona bajo el consenso mutuo; también, algunos países como España, Argentina Francia y	

	pareja, que serán los padres intencionales, no pueden concebir o llevar a término un embarazo por sí mismos” (p. 77).	Portugal no tienen problema con la filiación, por tener una norma especial que es el consentimiento mutuo y con ello pueden acudir a la técnica heteróloga y homóloga” (p. 88).	
Análisis	Se puede plantear que dicho autor ha sostenido que la maternidad subrogada, en la que una mujer gesta un niño para otra persona o pareja, plantea una serie de dilemas legales complejos. Por lo que es fundamental tutelar los derechos del menor.	Se plantea que la maternidad subrogada es un tema complejo que requiere una reflexión ética y jurídica rigurosa para proteger los derechos de los niños en cuanto a su identidad y el interés superior del niño.	