

**UNIVERSIDAD NACIONAL JOSÉ FAUSTINO SÁNCHEZ CARRIÓN**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**TESIS**

**IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LOS ACUERDOS DE  
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ**

**– AÑO 2017 –**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**Presentado por:**

**BACHILLER DONNAL MICHAEL CHÁVEZ COLLAZOS**

**BACHILLER DIANA MARIEL RAMÍREZ SRSEN**

**Asesor:**

**MAESTRO FÉLIX ANTONIO DOMÍNGUEZ RUÍZ**

**HUACHO – PERÚ**

**2018**

**IMPLICANCIAS JURÍDICAS DE LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD  
SUBROGADA EN EL PERÚ**

**– AÑO 2017 –**

---

**MAESTRO FÉLIX ANTONIO DOMÍNGUEZ RUÍZ**  
**ASESOR**

**JURADO EVALUADOR DE TESIS:**

---

**MAESTRO JAIME ANDRES RODRIGUEZ CARRANZA  
PRESIDENTE**

---

**MAESTRO NICANOR DARIO ARANDA BAZALAR  
SECRETARIO**

---

**DOCTOR SILVIO MIGUEL RIVERA JIMÉNEZ  
VOCAL**

A nuestros padres, quienes nos impulsan y aconsejan en cada paso que damos y a quienes estaremos infinitamente agradecidos.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	x
<b>ABSTRACT</b> .....	xxi
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	xii
<b>CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b> .....	x
1.1. Descripción de la realidad problemática .....	1
1.2. Formulación del Problema .....	4
1.2.1. Problema General .....	4
1.2.2. Problemas Específicos .....	4
1.3. Objetivos de la Investigación .....	4
1.3.1. Objetivo General .....	44
1.3.2. Objetivos Específicos.....	4
1.4. Justificación de la Investigación.....	5
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	6
2.1. Antecedentes de la Investigación .....	6
2.2. Bases Teóricas .....	19
2.2.1. Los Derechos Humanos .....	19
2.2.1.1. ¿Que son los Derechos Humanos? .....	19
2.2.1.1.1. Los derechos humanos son valores .....	20
2.2.1.1.2. Los Derechos Humanos guían al orden jurídico .....	21
2.2.1.1.3. Los Derechos Humanos interrogan al orden existente.....	21
2.2.1.1.4. Los derechos: ¿Utopía?.....	22
2.2.1.2. El concepto.....	23
2.2.1.3. Evolución de los Derechos Humanos .....	24
2.2.1.4. Las etapas de desarrollo de los derechos humanos .....	25
2.2.1.5. Derechos Humanos y derechos fundamentales .....	26
2.2.1.6. Derechos Humanos y la Familia .....	27
2.2.1.7. Protección a la Familia.....	34
2.2.1.8. La procreación: Derecho humano .....	36
2.2.1.9. Procrear: derecho, libertad y necesidad.....	37
2.2.1.10.El derecho a procrear en marco jurídico supranacional .....	38
2.2.1.11.La doctrina peruana y el derecho a la procreación.....	40
2.2.1.12.El derecho a procrear en el Perú.....	41

2.2.2. Matrimonio, Familia y Parentesco .....	42
2.2.2.1. El parentesco .....	43
2.2.2.2. Teorías del parentesco .....	44
2.2.2.3. Funciones del parentesco .....	45
2.2.2.4. Filiación y afinidad .....	45
2.2.2.5. El matrimonio.....	47
2.2.2.6. La polémica sobre la universalidad del matrimonio .....	48
2.2.3. Infertilidad y Técnicas de Reproducción Asistida .....	50
2.2.3.1. La Infertilidad en el Perú.....	50
2.2.3.2. Antecedentes de la Maternidad Subrogada .....	52
2.2.3.3. Clases de Maternidad Subrogada .....	56
2.2.4. Aproximación jurídica a la Maternidad Subrogada .....	57
2.2.4.1. Constitución Política del Perú.....	57
2.2.4.2. Ley General de Salud .....	62
2.2.4.3. La Maternidad Subrogada en la Jurisprudencia Peruana .....	65
2.2.4.3.1. Cas. N° 563-2011-Lima .....	65
2.2.4.3.2. Sentencia referente al Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 .....	68
2.2.4.4. Acuerdo de Maternidad Subrogada y el Derecho privado .....	70
2.2.4.5. La Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado .....	80
2.2.4.5.1. Colombia.....	80
2.2.4.5.2. México .....	84
2.2.4.5.3. Tabasco .....	84
2.2.4.5.4. Sinaloa.....	86
2.2.4.5.5. Estados Unidos.....	89
2.2.4.5.6. Grecia .....	96
2.2.4.5.7. Reino Unido .....	99
2.2.4.5.8. India .....	101
2.2.4.5.9. Canadá.....	107
2.2.4.5.10. Brasil.....	107
2.2.4.5.11. Argentina .....	108
2.2.4.5.12. España.....	109
2.2.4.6. Maternidad Subrogada y Los Derechos Humanos.....	110
2.2.4.6.1. Con el Derecho a la dignidad.....	110

2.2.4.6.2. Como Derecho a la autodeterminación .....	112
2.2.4.6.3. Con el Derecho a la procreación .....	112
2.2.4.6.4. Con el Derecho a la reproducción.....	115
2.2.4.6.5. Titulares de la reproducción.....	120
2.2.4.6.6. Con el Derecho a la Salud.....	122
2.2.4.6.7. Con el Interés Superior del Niño.....	123
2.2.4.6.8. Con el Derecho a una familia.....	127
2.3. Definiciones conceptuales .....	129
2.4. Formulación de la Hipótesis .....	130
2.4.1. Hipótesis General.....	130
2.4.2. Hipótesis Específicas .....	131
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA .....</b>	<b>132</b>
3.1. Diseño Metodológico .....	132
3.1.1. Tipo.....	132
3.1.2. Enfoque .....	132
3.2. Población y Muestra .....	133
3.2.1. Población.....	133
3.2.2. Muestra .....	133
3.3. Operacionalización de Variables e indicadores.....	134
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	135
3.4.1. Técnicas a emplear.....	135
3.4.2. Descripción de los instrumentos .....	135
3.5. Técnicas para el procesamiento de la información.....	136
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS .....</b>	<b>137</b>
4.1. Cuadro Comparativo de la Regulación y Filiación de la Maternidad subrogada con otro países .....	136
4.2. Interpretación.....	141
<b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>152</b>
5.1. Discusión .....	143
5.2. Conclusiones .....	156
5.3. Recomendaciones .....	157
<b>CAPÍTULO VI: FUENTES DE INFORMACIÓN .....</b>	<b>152</b>
6.1. Fuentes Bibliográficas .....	152



6.2. Fuentes Hemerográficas .....	156
6.3. Fuentes documentales.....	157
6.4. Fuentes Electrónicas .....	158
<b>ANEXOS</b> .....	161
Matriz de Consistencia .....	
Jurisprudencia Nacional .....	
Cas. N° 4323-2010 Lima.....	
CAS. N° 563-2011 LIMA.....	
Sentencia del expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 .....	

## **RESUMEN**

**Objetivo:** Identificar el sistema de atribución de la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de los derechos humanos.

**Método:** El modelo de investigación es de carácter no experimental, de tipo descriptivo puro y enfoque cualitativo, preocupándose en comprender, analizar e interpretar un aspecto de la realidad en un contexto y tiempo determinado. La muestra tomada es la jurisprudencia nacional sobre la materia a analizar, que garantizará identificar el criterio jurisdiccional a la fecha para resolver dichos conflictos entre las partes participantes de la maternidad subrogada. **Resultados:** La determinación de la filiación está considerada dentro del Principio del Interés Superior del Niño, puesto que ésta técnica tiene como fin supremo la formación de una familia, ya que el menor crecerá y se desenvolverá dentro de un hogar cuyos padres cumplen una función auténtica en su condición de tales. En nuestra realidad y legislación, los acuerdos de maternidad subrogada se dan bajo la modalidad de acuerdos privados. **Conclusiones:** No están regulados en el ordenamiento jurídico peruano y tampoco se encuentran prohibidos, su falta de regulación vulnera el derecho a la identidad del concebido y/o recién nacido producto de esta técnica.

**Palabras Claves:** Maternidad Subrogada, Derechos Humanos, Derecho de Familia, Filiación.

## **ABSTRACT**

**Objective:** Identify the system of filiations' attribution of those conceived and born child through surrogacy agreement from the perspective of human rights. **Method:** The research model is non-experimental, of pure descriptive type and qualitative approach, concerned with understanding, analyzing and interpreting an aspect of reality in a given context and time. The sample taken is the national jurisprudence on the matter to be analyzed, which will guarantee to identify the jurisdictional criterion to date to resolve said conflicts between the participants parties of the surrogate motherhood. **Results:** The determination of the filiation is considered within the Principle of the Higher Interest of the Child, since this technique has as its supreme goal the formation of a family, since the minor will grow and develop in a home whose parents have an authentic function in their condition as such. In our reality and legislation, surrogacy agreements are given under the modality of private agreements. **Conclusions:** They are not regulated in the Peruvian legal system and neither are they prohibited, their lack of regulation violates the right to identity of the conceived and / or newborn product of this technique.

**Key words:** Surrogate Motherhood, Human Rights, Family Law, Filiation.

## **INTRODUCCIÓN**

La Maternidad Subrogada es un proceso dentro de las distintas Técnicas de Reproducción Humana Asistida que existen, la cual debe ser regulada debido a que se comprometen una serie de bienes jurídicos tutelados por el Derecho, como la vida de la mujer gestante y del ser humano que se va a concebir, la dignidad humana de ambos, la libertad de la mujer para disponer de su integridad física, el peligro existente en la manipulación del ser humano que se encuentra por nacer, así como otros puntos también importantes.

Las implicancias jurídicas mencionadas llevan a cuestionar la gran laguna legislativa que existe en el Perú al respecto, puesto que implica grandes desafíos jurídicos que el Estado no ha resuelto a pesar de que en el país operan centros médicos de fertilización con el riesgo que implica su falta de regulación clara y precisa, ya que si bien es cierto la Ley General de Salud contempla el uso de técnicas de reproducción humana asistida, su disposición para los casos de maternidad subrogada son prohibitivas o inexistentes.

En ese sentido, la tesis se plantea las implicancias jurídicas a las que conllevaría los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú, específicamente en el extremo de la filiación, significando el enfrentamiento del modelo ético social de nuestro sistema jurídico para decidir como regular la maternidad subrogada con o sin material genético de la mujer gestante, puesto que aunque la salud reproductiva es un derecho fundamental reconocido a nivel internacional, nuestra legislación no lo reconoce como tal, muy aparte de que los acuerdos bajo los cuales se celebran no son reconocidos por nuestro ordenamiento civil, no existe una eficacia jurídica en cuanto a su ejecución, ni una certeza en cuanto a la seguridad jurídica de las partes involucradas.

# **CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

## **1.1. Descripción de la realidad problemática**

Según la Estadística del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida hasta el año 2013, se presentaron en el Perú 4,927 registros de niños nacidos bajo la modalidad de maternidad subrogada, pudiendo llegar a costar un procedimiento aproximadamente \$ 4000 dólares, sin contabilizar los gastos adicionales.

En nuestro país, la maternidad subrogada no se encuentra regulada por ningún apartado legal, obviando el hecho de que en nuestra realidad existen personas que viéndose imposibilitadas de concebir un hijo de manera natural o simplemente por no atravesar todos los cambios que implica el embarazo, buscan clínicas o “empresas” que ofrecen sus servicios para la concepción de un niño en el vientre de un tercero, lo que algunos llaman vientre de alquiler o maternidad subrogada, siendo en unos casos con sus propios gametos o en otros casos donados; debiéndose de tener en cuenta que dicha subrogación demanda la suscripción de un acuerdo que implica la renuncia de todos los derechos sobre el recién nacido, siendo la filiación del menor un punto trascendental dentro de los Acuerdos de Maternidad subrogada, pudiendo ser altruista o también puede significar un beneficio económico para quien prestó su vientre, acuerdo que en ciertos casos no se respeta.

El artículo 6° de la Constitución precisa que *“la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”*, asimismo, el inciso 1) del artículo 2° señala que *“toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido*

*es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”. Al respecto, observamos que en nuestra Carta Magna se regula tácitamente el derecho a la procreación y el derecho a la familia dentro del apartado normativo citado, así como la debida protección del concebido, no habiendo una interpretación extensiva a las formas de procreación, puesto que nuestra constitución no las regula expresamente.

Por otro lado, si analizamos el art. 7° de la Ley General de Salud se desprende la prohibición del acuerdo de maternidad subrogada o vientre de alquiler; ello aparte de las objeciones que desde el Código Civil y parte de la doctrina se pueden plantear a dicha figura, pudiendo observarse entonces, un límite claro a la autonomía privada y al derecho a procrear generando implicancias jurídicas referidas a la filiación.

No obstante lo mencionado, constituye gran interés regular la maternidad subrogada y por tanto los acuerdos a los que se lleguen a partir de ella, como por ejemplo la filiación del menor producto de la maternidad subrogada, el cumplimiento obligatorio de los acuerdos pactados y que ello no genere situaciones jurídicas inciertas.

Dentro de nuestra jurisprudencia, ubicamos la Casación N° 563-2011-Lima, que es el primer acto resolutorio que toca el tema de subrogación materna y su importancia reside en que no se cuestionó la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que exigió su cumplimiento; además determinó que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear a un ser humano para entregarlo en adopción a cambio de “beneficios económicos”.

Así también, encontramos el segundo precedente jurídico para la maternidad subrogada, en una sentencia (Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05) emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima, en la cual el Poder Judicial ordena a RENIEC inscribir como padres a pareja que utilizó el método de subrogación materna para procrear hijos.

No obstante lo mencionado, hay que tener en cuenta que aunque este tipo de conflictos jurídicos se susciten recientemente en nuestros juzgados, tal cosa no significa que en la práctica médica no se venga realizando, siendo demostrado esto cuando en el año 2006 el Diario La República publicó una reseña sobre el reportaje que realizó un canal de televisión española sobre una organización que contando con la cooperación de reconocidas clínicas de Lima, ofrecían por Internet los servicios de mujeres peruanas quienes por una determinada suma de dinero accedían a convertirse en “vientres de alquiler”, lo cual representa no solo una amenaza de los derechos fundamentales de las partes, sino en especial significa la vulneración al derecho de filiación de los menores producto de la maternidad subrogada.

Debemos tener en claro que gracias a la maternidad subrogada, muchos matrimonios con problemas de infertilidad cumplen su sueño de ser padres, siendo el fin supremo de ésta técnica el permitir el nacimiento de un nuevo ser, el cual tiene derecho a una identidad, derecho a una familia, derecho de identificar a sus padres, derechos que por su relevancia merecen tener dentro de nuestra legislación un apartado legal que los proteja para todos los efectos jurídicos derivados de la maternidad subrogada.

Consideramos que sería viable la regulación de los Acuerdos de Maternidad Subrogada, estableciendo el procedimiento y extremos de la filiación, así como los derechos de todas las partes involucradas en éste procedimiento.

## **1.2. Formulación del Problema**

### **1.2.1. Problema General**

P.G.1 ¿Cuál sería la validez de las implicancias jurídicas de filiación de los concebidos y nacidos surgidos en los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú?

### **1.2.2. Problemas Específicos**

P.E.1. ¿Cuáles serían los derechos de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano?

P.E.2. ¿Cómo se determinaría la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana?

## **1.3. Objetivos de la Investigación**

### **1.3.1. Objetivo General**

O. G.1. Identificar el sistema de atribución de la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de los derechos humanos en el Perú.

### **1.3.2. Objetivos Específicos**

O. E.1. Identificar el derecho de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano.



O.E.2. Identificar los criterios para determinar la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana.

#### **1.4. Justificación de la Investigación**

La presente tesis es importante debido a que los acuerdos de maternidad subrogada son una práctica de acuerdo privado cada vez más usada con el fin de procrear una vida y formar una familia, y no habiendo un amparo legal para los actores involucrados en dichos acuerdos quedan vulnerables a cualquier abuso de sus derechos; en ese sentido es que la investigación se ha enfocado en la atribución de la filiación de los concebidos y nacidos bajo esta técnica, teniendo en cuenta los derechos humanos de éstos, así como cuales son los derechos de las partes intervinientes en dichos acuerdos, y si se encuentran amparados en nuestra legislación; pretendemos así determinar la necesidad de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada en todos sus aspectos, para un mejor uso y ejecución de ésta técnica, a fin de que no se produzcan ningún perjuicio a ninguno de los implicados.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Antecedentes de la Investigación**

**Carlos Jorge Manuel Villamarín Zúñiga (2014) en su tesis titulada “La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?”. Presentada en la Universidad Católica De Santa María.**

Desarrolló las siguientes conclusiones:

- ✓ La regulación sobre técnicas de reproducción asistida, específicamente en lo que se refiere a la maternidad subrogada, es casi nula en nuestro ordenamiento jurídico; por cuanto la única disposición normativa al respecto es la prevista en el artículo 7° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, a pesar que esta materia está orientada al tratamiento de la infertilidad, que es considerada la quinta mayor discapacidad, e involucra el ejercicio de distintos derechos fundamentales, argumentos que sustentan su necesidad de ser regulada.
  
- ✓ La naturaleza de los contratos de maternidad subrogada corresponde al ámbito civil, en tanto las prestaciones que regula versan sobre conductas que ambas partes deben realizar, siendo que una de ellas, conformada por el o los padres intencionales, asume la obligación de proporcionar a la otra, la gestante, los suficientes recursos económicos para cubrir los gastos derivados del embarazo; en consecuencia, esta última se compromete a llevar a cabo la gestación y, a su término, a entregar al recién nacido a sus padres intencionales; por lo que su intervención se resume únicamente en desarrollar la función gestacional.

- ✓ Las técnicas de reproducción asistida no han sido materia de regulación especial en el ordenamiento jurídico peruano; mientras que, en la legislación española se advierte la existencia de la Ley 14/2006, que desarrolla ampliamente distintos aspectos relacionados a las técnicas de reproducción asistida, dentro de los que incluye a la maternidad subrogada, siendo que para este caso sanciona todo contrato de esta naturaleza con la nulidad absoluta; no obstante, admite la inscripción de menores nacidos como resultado de contratos de subrogación; por tanto, podría afirmarse que, implícitamente, reconoce la filiación a favor de los padres contractuales.
  
- ✓ El derecho a ser padre, entendido como la facultad de toda persona para decidir lo relativo a la formación de una familia y a ser o no padre biológico, involucra la determinación de la propia persona sobre futuros eventos en su vida; asimismo, la autodeterminación reproductiva está relacionada con la libertad de toda persona para decidir sobre aspectos vinculados a la procreación, en la medida que permite establecer cómo, cuándo y con quién desea reproducirse una persona; en suma, ambos derechos responden a una sola razón, la libertad que toda persona debe tener para fomentar su personalidad en el ámbito personal, el cual está protegido bajo, el más genérico, derecho a la vida privada.
  
- ✓ La libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos de maternidad subrogada, ante la ausencia de una regulación específica al respecto, implica un mayor riesgo para la vulneración de derechos fundamentales; en la medida que, no existirá obstáculo que impida la configuración de supuestos que puedan devenir en la explotación económica o comercial de la función generativa de la mujer, o que signifiquen la imposición de cláusulas abusivas que desconozcan

la dignidad no sólo de la gestante, sino del menor nacido como resultado de la subrogación; es por ello que la regulación en sobre maternidad subrogada debe ser entendida como urgente y necesaria, y, además, debe estar orientada a garantizar la plena eficacia de los derechos fundamentales involucrados, así como el debido respeto a la dignidad humana.

**Josué Zaldívar Cerpa (2013) en su tesis titulada “Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013”. Presentada en la Universidad Católica De Santa María.**

La investigación llegó a las siguientes principales conclusiones:

- ✓ En nuestro país se presenta la carencia de una ley sobre reproducción humana asistida y dentro de ella la maternidad subrogada. Esta situación genera conflictos legales entre los padres así como en los aspectos de maternidad, paternidad, derecho sucesorio, derecho de los hijos frente a los padres y filiación. Ante esta situación es imperativo considerar la promulgación de una ley sobre reproducción humana asistida que sea exhaustiva de todas las situaciones previsibles para evitar situaciones anárquicas y conflictivas con la consecuente vulneración de derechos a la persona.
- ✓ El Código Civil no establece dispositivos legales sobre la reproducción humana asistida y de modo concreto sobre la maternidad subrogada. Siendo necesario considerar que existe una prohibición tácita en la Ley General de Salud en el artículo 7° que establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de la madre gestante, diferenciando que madre genética es la que aporta el óvulo y madre gestante la que alberga en su vientre al niño en el periodo de embarazo

- ✓ En el análisis de la jurisprudencia peruana de la maternidad subrogada a través de las sentencias, se observa que son casos complejos que son tratados con poca consistencia en los fundamentos y no son estudiadas detenidamente debido a que predomina para los juzgadores el principio de interés superior del niño. Más no se aprecia aspectos de fondo como son los conceptos de “maternidad” y “paternidad” que deben ser reconstruidos y valorados de acuerdo al progreso tecnológico y del mismo modo no se observa las nuevas y probables formas de vínculo afectivos generando toda esta situación incertidumbre en el ámbito jurídico.
- ✓ Un 44% de abogados encuestados expresan que se abstienen de responder sobre la legalidad de la maternidad subrogada. Esta situación revela incertidumbre por la complejidad que genera la maternidad subrogada. Ante esta situación es necesario que los congresistas analicen detenidamente esta problemática para posteriormente plantear su regulación jurídica.
- ✓ Un 45% de médicos encuestados no sabría que hacer sobre quien sería la madre del niño en el caso de la maternidad subrogada. Vemos que tienen la duda si sería a favor de la madre que concibe o si sería a favor de la madre que dona los gametos. Esta situación reafirma la necesidad de una regulación jurídica sobre esta materia.
- ✓ Observando las conclusiones anteriores podemos apreciar que las características que viene generando las técnicas de maternidad subrogada son crear situaciones de incertidumbre en los profesionales competentes al desconocer el tema.
- ✓ Se observa de modo indudable la existencia de un vacío legal sobre la maternidad subrogada, entonces para que exista seguridad jurídica es necesario y urgente la promulgación de una ley sobre este tema. Se hace imprescindible dicha ley, para así evitar futuros conflictos jurídicos.

**Edith Paloma Flores Chavez (2014) en su tesis titulada “Las implicancias positivas de la maternidad subrogada, fundamentos para su regulación como medio alternativo a la adopción”. Presentada en la Universidad Nacional Santiago Antúnez De Mayolo.**

Desarrolló las siguientes conclusiones:

- ✓ El status jurídico del concebido dentro del tema de filiación constituye un factor jurídico que incide en la propuesta para la regulación de la maternidad subrogada como medio alternativo a la adopción.
- ✓ La aplicación de la reproducción asistida, y la aceptación de esta conlleva a determinar la aceptación de la evolución del derecho genético; y por ende constituye una implicancia positiva que propone jurídicamente la regulación de la maternidad subrogada como medio alternativo a la adopción.
- ✓ Si se adopta el sistema de responsabilidad contractual en cuanto al incumplimiento del contrato de maternidad subrogada, entonces se otorgará seguridad jurídica plena a las partes contratantes; ello ante la posible regulación de la maternidad subrogada como medio alternativo a la adopción
- ✓ La praxis de la ciencia converge una serie de alternativas para la infertilidad, lo cual toma injerencia en el Derecho al momento de advertir una posible práctica de la maternidad subrogada.
- ✓ Toda aplicación de una técnica de R.H.A debe partir de la base del conocimiento informado de los sujetos involucrados en la misma.

**Grecia Anaís Balcázar Goicochea & Javier Antonio Jesús Ventura (2014) en su tesis titulada “Hacia un nuevo tipo de filiación por reproducción medicamente**

**asistida en la legislación peruana”. Presentada ante la Universidad Nacional De Trujillo.**

Desarrolló las siguientes conclusiones:

- ✓ Las técnicas de procreación humana asistida, no son métodos alternativos de la fertilidad, sino supletorios de la misma, creados para paliar los efectos negativos de la infertilidad humana, generadas por factores de diversa índole: anatómicos, fisiológicos, genéticos, adquiridos e incluso desconocidos; que afectan tanto a hombres como a mujeres.
- ✓ El Derecho como ciencia y creación social no es inmutable, inmodificable, inamovible, sino es variable y dinámico en esencia. Sin embargo se advierte que el Derecho no avanza a la par con el vertiginoso avance científico y tecnológico desarrollado por las ciencias biomédicas, dándose por ello una suerte de asincronismo entre el Derecho y la realidad, no regulándose esta de manera inmediata.
- ✓ Un dato Biblioteca de nuestra realidad nacional es la utilización, cada vez más recurrente, de las técnicas de reproducción humana asistida por miembros de nuestra sociedad, a pesar de que éstas técnicas no han merecido mayor tratamiento por parte de nuestra legislación; de esta forma los límites en su aplicación ha quedado supeditada a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se valen los usuarios de éstas.
- ✓ El desarrollo biotecnológico logrado hoy en día muy especialmente, en la procreativa asistida, a trastocados principios jurídicos tradicionales en materia de

Personas, Familia, Sucesiones y muy especialmente dentro del Derecho de Familia en lo concerniente a la filiación y sus consecuencias jurídicas como tema de mayor repercusión.

- ✓ Modernamente la filiación consanguínea, basada en la existencia del presupuesto biológico, y la filiación adoptiva no son las únicas clases de filiación, pues ha surgido una tercera clase de filiación, esto es la filiación en la reproducción humana asistida. El fundamento de esta nueva clase de filiación la constituye la voluntad procreacional cuya manifestación se da con actos como el consentimiento expreso, sea esta por manifestación verbal o escrita prestada previamente al uso de las TERAS.
- ✓ Nuestra actual legislación, a diferencia de otros países como los europeos, posee regulación escasa e insuficiente en torno a los métodos de procreación artificial. Su regulación se encuentra resumida en un único dispositivo, como es el artículo 7° de la Ley General de Salud.

**Cristóbal Antonio Santander (2012) en su tesis titulada “El Contrato de Maternidad Subrogada o de Alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del Derecho a procrear o atentado a la Dignidad?” Presentada ante la “Universidad Alberto Hurtado”, Chile.**

Las conclusiones a las que llega Cristóbal Antonio Santander son varias como las que presentaremos:

- ✓ La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece



como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas.

- ✓ Críticas que se explican dadas las características que presenta la maternidad subrogada en su variante contractual, y que obligaron a preguntarse si la libertad procreativa es disponible o si su ejercicio queda limitado por la dignidad del hijo y de la mujer gestante. Dignidad humana que se reflejó en el rechazo de la maternidad subrogada en España y en el proyecto de ley chileno sobre sustitución de la maternidad, evidenciando su primacía respecto al derecho a procrear.
- ✓ Dicho antecedente fue vital a la hora de analizar el conflicto de derechos pues permitió conocer las razones invocadas para admitir el contrato de maternidad subrogada entre ellas la existencia de un derecho a la descendencia evaluando los límites que tendría este, y que guardan coherencia con la naturaleza de los derechos fundamentales y los valores de dignidad e integridad física ,que encuentran consagración positiva en normas de Derecho Nacional e Internacional y las cuales Chile ha suscrito.
- ✓ Asimismo, la existencia de un derecho a procrear en Chile fundamentado bajo la teoría del derecho fundamental adscrito y su conexión con otros derechos fundamentales reconocidos expresamente por nuestra Constitución cuando asegura a todas las personas, permitió no solo definir las cualidades que definen la persona humana, entre ellas el ejercicio de la reproducción, sino que además proponer el ejercicio por intermediación del derecho a procrear, cuando este se sirve de la maternidad subrogada.
- ✓ Con todo, y sin desconocer que el análisis de la dignidad de la persona fue clave a la hora de determinar la legitimidad del contrato de maternidad subrogada también

otorgo el piso para comprobar que el ejercicio de la reproducción, por medio de dicho procedimiento -considerando la esfera de libertad que detenta- igualmente es expresión de la dignidad humana, sobre todo cuando el contrato de gestación por encargo es de tipo altruista o gratuito.

- ✓ Se trataría de una nueva forma de expresar la dignidad humana que se desarrolla en el ámbito de la procreación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad y el libre consentimiento de las partes.
- ✓ Por otro lado, cuando se analizaron las normas referidas a la Adopción, maternidad y Filiación, fue posible advertir que si bien nuestra legislación sigue el principio romano “pars viscerum matris” o parte de las entrañas de la madre, a nuestro entender la relación de filiación no debe quedar determinada exclusivamente por un mero aspecto biológico -genético, sino que es necesario reconocer el contexto social del menor, que guarde coherencia con los principios que informan nuestro Derecho de Familia, en especial el interés superior del niño.
- ✓ Esta advertencia, que implica la asunción de un nuevo paradigma en el Sistema Filiativo Chileno, permite darle un real y operativo contenido del derecho a procrear puesto que permite redefinirlo conforme a los avances de la técnica, que dan cuenta no solo de los cambios culturales en materia de reproducción y maternidad, sino que también de los titulares involucrados.
- ✓ De ahí que resultara interesante para esta investigación analizar los casos de embarazo masculino o de útero artificial, a propósito de la titularidad del derecho a procrear, y que exigen un tratamiento constitucional que considere no solo la dignidad humana sino que aquel ámbito de libertad que pertenece a cada ser

humano, considerando que la sexualidad corre en ámbitos públicos pero también privados.

- ✓ Ámbitos que deben ser considerados cuando se evalúa el contenido del derecho a procrear en Chile, pues si bien la reproducción pertenece a la intimidad de cada sujeto y debe vivirse libre de interferencias externas sus efectos jurídicos exigen protección estatal que en el caso de la maternidad subrogada requiere contar necesariamente con una legislación que regule las técnicas de reproducción asistida destinando recursos que permitan paliar los problemas asociados a la infertilidad.
- ✓ En consecuencia, el derecho a procrear en su sentido positivo y negativo implica no solo una protección a la salud, integridad y dignidad de los individuos, libre de discriminación, en su esfera de libertad procreativa, sino que también un respeto por parte del Estado a la garantía del libre desarrollo de la personalidad, ligada estrechamente a la dignidad humana que posee una función libertaria y un contenido histórico.
- ✓ Libertad y dignidad, que en lo personal, permiten admitir el contrato de maternidad subrogada en cualquiera de sus variantes ya que lo que se contrata no es el útero propiamente tal sino la capacidad generativa de una mujer, considerando también que dicha esfera reproductiva le pertenece exclusivamente a la mujer en virtud de su derecho a procrear.
- ✓ Vale decir, el efecto Filiativo del contrato de maternidad subrogada no es sustituir la maternidad sino, como bien se apunto por uno de los académicos de la “Comisión Palacios”, constituirse en una Adopción Prenatal que guarda coherencia con los principios que informan la Ley 19.620 sobre Adopción en Chile, sobre todo con el de interés superior del niño.

- ✓ En efecto, al evaluar el contrato de maternidad subrogada se hace necesario distinguir dos aspectos; por un lado la nulidad del acuerdo conforme los artículos del Código Civil que abordan dicha materia y por otro los efectos jurídicos vinculados al Derecho de Familia como la determinación de la filiación del nacido fruto de esta técnica o los derechos, deberes y beneficios de los padres vinculados a la maternidad.
- ✓ El primer aspecto, se resuelve analizando la normativa sobre contratos y que conforme a ella la capacidad gestacional no está disponible para el comercio humano, sin perjuicio que en lo personal dicha esfera de libertad le pertenece a la mujer al estar ejerciendo su derecho a procrear. Este argumento igualmente aplica cuando en el contrato de maternidad subrogada media contraprestación económica solo cuando esta cubra los gastos médicos asociados o las eventuales rentas que la madre gestante dejase de percibir.
- ✓ El segundo aspecto, que corre independiente de la nulidad del contrato de maternidad subrogada dice relación con los efectos jurídicos que trae consigo el que un tercero geste un niño y lo ceda a otro, compartiendo la idea de determinar la maternidad en favor de la que encargo el hijo y no de la madre gestacional.
- ✓ En consecuencia, que la normativa española sobre técnicas de reproducción asistida declare nulo el contrato de maternidad subrogada o el proyecto de ley sobre sustitución de la maternidad sancione dicha práctica, no impide que en los hechos se produzcan acuerdos de gestación subrogada cuya nulidad deja a la deriva al niño, vulnerando no solo su dignidad como individuo sino que también la de la mujer que lo gestó.

- ✓ De ahí que, ante esta eventual realidad fáctica el derecho se anticipe regulando la maternidad subrogada estableciendo condiciones para su celebración en su variante contractual admitiendo el de tipo altruista a todo evento y el oneroso, solo cuando el pago se relacione con los gastos asociados al embarazo o cuando este se vincule con la indemnización de la mujer que gesto y dejó de percibir rentas laborales durante dicho periodo.
- ✓ Lo anterior, exige que la legislación que regule dicha técnica considere los diversos ámbitos involucrados tales como el derecho civil, el derecho penal que condiciona o sanciona su uso y el derecho administrativo en materia sanitaria, señalando los centros médicos y profesionales competentes.
- ✓ Sobre todo cuando se exige del orden legal coherencia y razonabilidad, cuando le toca enfrentarse a estas nuevas realidades sociales, intentando integrar no solo la dignidad del individuo sino que también el derecho a procrear.
- ✓ Lo hasta aquí razonado, lleva a concluir que la maternidad subrogada debe evaluarse desde lo que se puede hacer y no desde lo que se debe hacer, considerando el derecho a procrear y la dignidad humana, interpretando esta última bajo una mirada amplia que agrupe tanto su función temporal y libertaria, y que ante el conflicto entre lo éticamente aceptable y la autonomía de la voluntad, se opte por la última.
- ✓ De esta manera, frente al conflicto entre el derecho a procrear y la dignidad humana luego de estudiar el contrato de maternidad subrogada, estoy convencido que son los hombres y mujeres, a través de sus actos, deseos y por medio de sus semillas, los artesanos del Ciclo de la Vida donde la ciencia hoy por hoy, asume un rol determinante mejorando no solo las condiciones de vida de los sujetos que

intervienen sino que también contribuyendo a dignificar aquel estado de privilegio llamado maternidad.

**Rocío Carbajal (2014) en su tesis titulada “Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina” Presentada ante la “Universidad de San Andrés”, Argentina.**

Las conclusiones a las que llega Rocío Carbajal son varias como las que presentaremos:

- ✓ A partir de lo expuesto en el presente trabajo, se podría concluir que toda persona que lo desee, sin discriminación de sexo u orientación sexual, posee derecho a acceder a la M.S, siempre que posea los recursos económicos para hacerlo.
- ✓ Debemos recordar que lo descrito en este trabajo no es un escenario únicamente argentino, es un denominador común en el resto de los países analizados en donde existieron proyectos de ley. En dichos países, la M.S. existe haya o no regulación.
- ✓ Consideramos que la prohibición de dicha práctica en tiempos que corren significaría desperdiciar los avances que ofrece la ciencia.
- ✓ Sin embargo, si el objetivo es incorporar la M.S. como contrato resulta necesario estudiar la legalidad del objeto contractual y los elementos del contrato exhaustivamente. Si se resuelve la prohibición de tal práctica, se regularía sin mayores conflictos. En cambio, si estamos frente a la segunda opción, es decir, la admisión de tal técnica es necesario redactar una ley de manera que no genere incentivos no deseados para la sociedad. Es necesario que exista un acuerdo entre privados (que puede estar controlado por órganos del Estado o no), para dar menos lugar a vacíos legales y así proteger lo máximo posible a los individuos

involucrados. Como expusimos a lo largo del presente trabajo, nosotros consideramos necesario un reconocimiento amplio de la práctica en cuestión y, a su vez, pretendemos su respectiva regulación.

- ✓ El fallo argentino (NN O DGMB M S/Inscripción de nacimiento – Juzgado Nacional Civil N° 86, Buenos Aires) que reconoció la inscripción de la nena nacida bajo la práctica de M.S. demuestra que, junto a los casos que existen en los países de América Latina, la acción de la sociedad civil genera un impacto en el Poder Judicial, abre una puerta al reconocimiento de la práctica. Al fin y al cabo, podría terminar siendo un juego de parte de los grupos sociales que están interesados en la práctica. Cuantas más personas se animen a recurrir a la técnica, más rápido se va a lograr una respuesta por parte de los legisladores. En este camino, Gustavo Maurino (2009) sostiene que “quienes carecen de entidad como actores políticos significativos encuentran en la justicia y en el discurso de los derechos una vía privilegiada para incidir públicamente, tal vez la única relevante”.
- ✓ Para lo cual, el derecho regula situaciones existentes y la M.S., hoy, es una realidad en los países latinoamericanos. Más allá de que nosotros no inclinemos a favor de una regulación que admita ampliamente la M.S, somos conscientes de que la última palabra la tienen los legisladores y esperamos que se pronuncien al respecto.

## **2.2. Bases Teóricas**

### **2.2.1. Los Derechos Humanos**

#### **2.2.1.1. ¿Que son los Derechos Humanos?**

El concepto de Derechos Humanos admite múltiples connotaciones y puede ser analizado desde la perspectiva de muy

diversas disciplinas. Se ha optado por considerarlo en dos aspectos que constituyen lo esencial de su carácter: Que los Derechos Humanos constituyen un “ideal común” para todos los pueblos y para todas las naciones por lo cual se presentan como un sistema de valores. Que ese sistema de valores, en tanto producto del quehacer de la colectividad humana, acompaña y refleja su constante evolución y recoge el clamor de justicia de los pueblos. Por consiguiente, los Derechos Humanos poseen una dimensión histórica.

#### **2.2.1.1.1. Los derechos humanos son valores**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por la ONU en 1948 se propone como “el ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse...”. “Conciencia moral de la Humanidad”, “horizonte moral”, “conciencia moral universal”, han sido distintos modos de señalar el carácter esencialmente ético de los Derechos Humanos, conjunto de valores básicos e irrenunciables para la persona humana. Esta condición axiológica de los Derechos Humanos, cabe distinguir al menos tres efectos de indudable importancia: Que los Derechos Humanos orientan al orden jurídico. Que ejercen una función crítica sobre el orden existente. Que implican la existencia de condiciones socio-históricas distintas a las que ofrece el orden existente para que su cumplimiento se haga efectivo. En otras palabras, que proponen una utopía.



#### **2.2.1.1.2. Los Derechos Humanos guían al orden jurídico**

El núcleo del concepto de Derechos Humanos se encuentra en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Esa dignidad, expresada en un sistema de valores, ejerce una función orientadora del orden jurídico por cuanto establece “lo bueno y lo justo” para el hombre. Los Derechos Humanos establecen entonces el “deber ser” del orden jurídico. Pero no alcanzan su plena realización hasta obtener el reconocimiento del orden político y la protección jurídica. Históricamente, ambas condiciones resultan de la solución de un conflicto en aras de obtener: Que una norma reconozca los derechos (la Constitución, las leyes). Que los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, cuando sean transferidos “legitimen a los titulares ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la protección de derecho subjetivo, utilizando, si fuese necesario para ello, el aparato coactivo del Estado”

#### **2.2.1.1.3. Los Derechos Humanos interrogan al orden existente**

Los Derechos Humanos son una pregunta a flor de labios en la opinión pública, frente a la situación existente: ¿por qué tales derechos no están contemplados en ninguna norma? Y si lo están, ¿por qué no son respetados en la realidad? Esas preguntas se elevan como un clamor de aspiraciones legítimas, inspiradas en los principios que los pueblos

reconocen como valores inalienables. Los Derechos Humanos “juzgan” al orden vigente, son un removedor de la opinión pública en los más diversos confines del planeta, y ponen al descubierto los condicionamientos económicos, sociales y políticos que impiden su completa realización. Por consiguiente, ejercen una función crítica sobre el orden existente.

#### **2.2.1.1.4. Los derechos: ¿Utopía?**

Los Derechos Humanos son reclamados desde circunstancias históricas concretas, por grupos sociales que han asumido la conciencia de “un nuevo orden” en el que se vean cumplidas sus aspiraciones. Así, la burguesía europea, y la francesa en particular, adquirió hacia el siglo XVIII la conciencia colectiva de una “libertad” que era realizable en un medio sociohistórico utópico, diferente al del “Ancien Régime”. En este sentido, en el de “generadores de utopías”, es que puede decirse que los Derechos Humanos nunca pueden ser totalmente alcanzados. La lucha por un nuevo orden, que transforma las condiciones históricas en que se origina, modifica –en extensión y profundidad- la conciencia colectiva. Esto supone la concepción de un nuevo “orden-utopía”, y consecuente conflicto en aras del marco sociohistórico adecuado para la realización de los Derechos Humanos.

### 2.2.1.2. El concepto

Por lo que se acaba de señalar, los Derechos Humanos son valores que “ni caen del cielo, ni los leemos necesariamente en una carta o un texto. Son producto –asimilado en la conciencia colectiva- de la lucha histórica de los grupos sociales por imponerlos y defenderlos”.

Esta posición difiere de las corrientes de inspiración jusnaturalista, que definen a los Derechos Humanos como algo que dimana de la naturaleza del hombre: son derechos inherentes, innatos, naturales a la persona humana. Por consiguiente, están por encima y antes del Derecho Positivo, existen por sí mismos. En controversia con esta concepción, se critica al jusnaturalismo por cuanto postula “la existencia de un canon universal de lo justo y de lo bueno”, que lleva a una deshistorización de los principios en sí, aceptándose la entrada de lo histórico sólo en relación a la captación de esos principios, los cuales estarían socialmente determinados sólo en cuanto a conciencia de ellos. En cuanto principios generales y abstractos de la acción humana flotarían por encima de la historia humana, siempre iguales a sí mismos...”.

Para el jusnaturalismo, los Derechos Humanos deben entenderse como valores, más allá de la circunstancia de que sean o no reconocidos. La filosofía de los valores puede aportar mucho a este debate, pero está muy lejos de mi propósito entrar en un bosque tan frondoso. Queda a elección de cada uno aproximarse a una posición o a otra. De aceptar la existencia de tales principios naturales, inmutables,

su conocimiento e interpretación están sujetos a condicionamientos culturales e históricos. Por consiguiente, podemos admitir el valor “vida” como inmutable, pero el concepto, como ya lo dije, se profundiza y extiende por efecto del devenir histórico y de la consecuente ampliación de la “conciencia colectiva” a otros derechos. En cambio, de no aceptar la tesis iusnaturalista, tendremos que admitir la existencia de un núcleo de valores irreductibles –vida, por ejemplo– que no pueden ser desconocidos en ninguna situación en su carácter de “valores fundamentales”, aunque en los hechos puedan ser transgredidos. En síntesis, cualquiera sea la postura que se adopte con respecto a su fundamento filosófico, los Derechos Humanos se ven afectados por las circunstancias históricas, con las que además guarda una relación dialéctica, desde el momento en que proponen una utopía. ¿Cuándo y por qué se convierten en normas universalmente reconocidas? ¿Cuándo unos principios válidos para una sociedad concreta, en unas determinadas circunstancias históricas, son “reconocidos” y asumidos por la conciencia histórica de la especie? La respuesta está en la propia evolución del concepto de Derechos Humanos a través de la Historia.

### **2.2.1.3. Evolución de los Derechos Humanos**

Son una larga y siempre inconclusa toma de conciencia de los hombres ante situaciones de injusticia. A la vez, son una propuesta o exigencia de un nuevo orden, desde realidades históricas concretas. Son adoptados o reconocidos por la conciencia colectiva de la especie, más

allá de la realidad histórica en fueron concebidos. En otras palabras, son patrimonio de toda la Humanidad. En tal sentido, es preciso admitir el considerable avance registrado en lo que va del siglo, con el reconocimiento de los Derechos Humanos en Declaraciones y Pactos suscriptos por la mayoría de las naciones del planeta bajo el marco de la ONU. Resultan del aporte de toda la Humanidad. La historia revela que “los Derechos Humanos, en su forma actual, no pueden ni deben ser atribuidos con carácter particularista a una sola época, sociedad, clase o nación. Existe un núcleo fuerte de ellos que es el resultado, sedimentación, acumulación de la evolución de toda la especie en su conjunto.”

Si bien constituyen un elemento de unidad de la especie humana –y con ello radica buena parte de su importancia histórica-, tal unidad es conflictiva. Porque nace del conflicto entre los que luchan por un nuevo orden, y los que procuran mantener su predominio en el vigente. De ahí que la historia de los Derechos Humanos no sea lineal, sino que conozca grandes avances y dramáticos retrocesos. La situación del mundo actual, en que conviven el hambre y el despilfarro armamentista, es elocuente de esa característica.

#### **2.2.1.4. Las etapas de desarrollo de los derechos humanos**

La historia de los Derechos Humanos presenta cuatro etapas que señalan la progresiva extensión del contenido del concepto. Una larga etapa, que arranca en los orígenes de la Historia y llega hasta el siglo XVIII, en que se formulan principios y reivindicaciones que

constituyen las “raíces” del concepto. La positivización de los Derechos llamados de Primera Generación, que consagraron las libertades civiles y los derechos políticos. Suelen ser llamados también “Derechos de Libertad”. La conquista de los derechos sociales, económicos y culturales, denominados Derechos de Segunda Generación o “Derechos de Igualdad”. La etapa de formulación de Derechos de los Pueblos, que constituyen la Tercera Generación de Derechos Humanos.

#### **2.2.1.5. Derechos Humanos y derechos fundamentales**

La raíz de los derechos fundamentales se dio en Francia a finales del siglo XVIII con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Los derechos fundamentales se encuentran plasmados en las constituciones de los Estados, debido a la magnitud e importancia que los caracteriza. Se les denomina así (fundamentales) por la relevancia de los derechos que agrupa el concepto: aquellos derechos que se consideran vitales para el desarrollo individual y social de las personas, con independencia de factores como condición social, religión, preferencia sexual o nacionalidad. Generalmente los derechos fundamentales son derechos humanos reconocidos por el Estado o los Estados en cuestión, es decir, son derechos humanos positivados. La diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales resulta importante, ya que no todos los derechos humanos han sido reconocidos como derechos fundamentales. De ahí que podemos afirmar que no todos los derechos humanos son derechos fundamentales. En definitiva, la expresión derechos humanos tiene un

contenido mucho más amplio que el de derechos fundamentales. De acuerdo con el tratadista Javier Jiménez Campo, la diferencia se acentúa en el ámbito constitucional y político, toda vez que un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución. Por esa razón, debe ser considerada la preexistencia del derecho mismo al momento de su configuración o delimitación legislativa. Si bien es posible constatar una dominación del concepto de derechos fundamentales en la doctrina constitucional, su interpretación puede variar. Así lo certifican tanto la doctrina latinoamericana, como la europea. Por su parte, la doctrina alemana que es precursora de la terminología de derechos fundamentales, la ha desarrollado como derechos públicos subjetivos.

#### **2.2.1.6. Derechos Humanos y la Familia**

En la actualidad, es posible observar en el comportamiento social de la persona, conflictos y actitudes que cada vez en mayor grado, denigran la dignidad y respeto de la persona humana como tal. Esto genera progresivamente situaciones límite que no colaboran con el desarrollo social sino con su retraso. Entre estas situaciones límite se encuentran los conflictos familiares, altos índices de violencia social y familia, pérdida de la institucionalidad (matrimonio, familia, estado), pérdida de respeto por las autoridades, individualismo, mayor índice de adicciones, olvido y descuido de los adultos mayores, entre otras.

Las causas que han originado esta progresiva “involución” de la sociedad, podemos encontrarlas, en primera fila, en la desnaturalización

del concepto de familia. Pues, al ser un instituto primario y fundante de la sociedad, esta última se configura según el concepto que tengamos de la primera. Es decir, la sociedad sólo es el reflejo de las familias que la conforman. Por ello y con miras a encontrar una solución a esta situación, es necesaria la implementación y promoción de políticas públicas que avalen la denominada “perspectiva de familia” en nuestras sociedades, sobre todo, desde el ámbito de los derechos humanos. De esta manera, reinstitucionalizando la familia, se podrían detener las causas de retroceso de la sociedad y se colaboraría con su fortalecimiento y desarrollo en beneficio de los miembros que la conforman.

Las estructuras familiares son constitutivas del ser del hombre, y si éstas son alteradas o tergiversadas en sus cimientos, se generaría un serio obstáculo para el desarrollo de la identidad personal; y con ello, el aspecto relacional de hombre se vería alterado. La familia, como principio antropológico, no es un simple ideal que se puede llegar a realizar o no, por el contrario, por intermedio de la familia, la vida humana adquiere dignidad, y de allí su inherente necesidad. Desde la familia, la persona aprende a manifestar su humanidad en sociedad y aprehende valores y principios que sólo pueden ser brindados por la familia natural y no por cualquier otra clase de grupo humano existente en la sociedad. Por ello, además de las ya conocidas funciones generativas y socializadoras (que se predicen de ella como derivación de la institución del matrimonio, entendido como institución previa a la constitución de la familia), la familia suele cumplir una importante



función de protección e integración solidaria, haciéndose cargo de las discapacidades y problemas de sus propios miembros como es el caso de los minusválidos y los adultos mayores.

La familia como realidad y entidad superior a la simple suma de intereses de sus miembros, ostenta un rol social constitutivo en virtud del cual debe ser apoyada con interés público, sobre todo porque en su seno se satisface buena parte de los derechos individuales de desarrollo integral de sus miembros, debiéndose destacar que son, al mismo tiempo, integrantes del grupo familiar y también ciudadanos dentro de la sociedad.

Por consiguiente, las políticas públicas deben tener en cuenta que al proteger la familia se está garantizando un bien humano, y no un simple instrumento con cierta cuota de interés social. No se debe olvidar, que la familia constituye una realidad originaria, de la que se eleva una dimensión propia de lo que es específicamente humano.

Dada la importancia de la familia, como núcleo y origen de la sociedad y pieza fundamental en la formación y desarrollo de la personalidad, es que al igual que con la persona humana en sentido individual, se le ha protegido al nivel de derecho humano en diversos documentos internacionales:

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Artículo

16°expresa:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarían de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

En este caso, se rescata el hecho considerar la idea del matrimonio libre entre varón y mujer como antecedente a la formación de una familia: hechos que son considerados como derechos, obviamente por la importancia no sólo para la persona, sino como beneficio para la sociedad.

- b) El artículo 1 de la Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de matrimonios (1962): “1. No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar al matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley”

Se resalta la libertad entendida como autonomía que deben tener los contrayentes al momento de celebración del matrimonio, pues por los efectos concomitantes que tiene es necesario una

madurez suficiente que redunde en beneficio de la familia y de la sociedad.

- c) El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) que se reconoce a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, rescatando su necesidad de configurarse como sujeto de protección por parte de la sociedad y del Estado, se reconoce (también) el derecho del hombre y de la mujer a contraer libremente matrimonio y fundar una familia sin tener edad para ellos y por último se crea la obligación a la Estados de garantizar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo y de proteger a los hijos, en caso de disolución del mismo.
- d) El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicas, Sociales y Culturales (1966), se describe a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y se le asigna el nivel más alto de protección y asistencia posibles, desde su constitución (matrimonio libre y garantizado por el Estado) y en el cuidado y educación de los hijos.
- e) En el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se reconoce expresamente que la función principal en la crianza de los niños recae en sus progenitores.

El texto alienta a padres y madres a abordar con sus hijos cuestiones relacionadas con sus derechos “en consonancia con la evolución de sus facultades”

- f) A nivel regional, en el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), se reconoce el derecho de toda persona a constituir una familia, por su importancia para la sociedad y por su especial naturaleza, se le considera merecedora de protección por parte del Estado y de la sociedad.
- g) El artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), que se destaca el papel de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad y por ende, la obligación de estatal de protegerla desde sus inicios, con la garantía de celebración de un matrimonio libre y sin restricciones absurdas para el varón y la mujer. Asimismo, se protege tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio, como a los extramatrimoniales.
- h) El artículo 15 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Protocolo de San Salvador” (1988) se destaca a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad, la cual por su propia naturaleza exige protección estatal en la función de custodiar el mejoramiento de su situación moral y material: concediendo atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto; garantizando a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar; adoptando medidas especiales de

protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; ejecutando programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

En síntesis, de lo expuesto, es posible observar cómo la familia natural y el matrimonio, como base de ella, dada la importancia capital en relación a la persona en primer lugar, y en relación a la sociedad, en segundo grado, ha sido fuertemente tutelada y motivo constante de preocupación por parte de la comunidad internacional, al punto de brindarle reconocimiento y protección desde los inicios del derecho internacional y prever el otorgamiento de similares garantías en los ordenamientos internos de cada Estado.

Esta preocupación constante de la comunidad internacional por la defensa de la familia y el matrimonio, no puede ser subordinada en la actualidad a la defensa de posturas ideológicas que en último término no sólo proclaman la defensa de una autonomía exacerbada y la legitimación del deseo como derecho, sino que al atacar los fundamentos y la importancia de la familia, se ataca y violenta a uno de los constitutivos primarios del ser personal del hombre: su ser social.

Por lo tanto, una legislación que en realidad busque la defensa, garantía, respeto y promoción de los derechos humanos, debe tener en

cuenta que la primera manifestación de conciencia sobre los derechos humanos se aprehende desde la familia.

En este sentido, podemos reconocer el derecho de toda persona a vivir y desarrollarse dentro de una familia. Podemos reconocer que los individuos alcanzan su desarrollo pleno como tales, en el seno de una familia. Podemos reconocer que, por su importancia en el desarrollo de la sociedad, la familia debe ser protegida por los Estados. Y finalmente, podemos reconocer que esta protección debe ser efectiva y concreta, para lograr sus objetivos.

De esta manera, toda política que involucre la consideración de los derechos humanos, sea en su configuración, contenido o extensión, no puede soslayar a la familia pues atentaría directamente contra el ser humano y contra el ámbito natural en el que se desarrolla.

#### **2.2.1.7. Protección a la Familia**

Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien, de la interpretación que de este derecho han realizado diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos, deriva su contenido y alcance:

- a) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado;

- b) La familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia;
- c) El derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio;
- d) Por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia;
- e) La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y,
- f) Ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones, se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial, lejos de ello, dejan en libertad a los Estados para que en sus legislaciones establezcan los

que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de éstos se traduzca en un trato discriminatorio en los motivos o en los procedimientos.

#### **2.2.1.8. La procreación: Derecho humano**

Los derechos fundamentales se conciben como aquellos límites en el actuar de un Estado. Lo que implica que las políticas públicas no transgredan la dignidad humana, elemento central y orientador de los derechos fundamentales.

En la Edad Media se consolidó un Estado feudal en el que no existían parámetros. “El Estado soy yo”, frase pronunciada por el rey francés Luis XIV, es muestra de un Estado desmedido en poder, característica de una monarquía absoluta. En tiempos actuales, la referida frase no tiene asidero, debido a la consolidación de los derechos fundamentales.

No obstante, el tiempo ha demostrado que aquellos no se establecen producto de un solo periodo histórico, sino más bien son consecuencia de luchas sociales constantes. Una muestra de lo mencionado es el avance de la protección primero de los derechos civiles y políticos; posteriormente, de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los intentos de la humanidad de optimizar los mecanismos de protección de la dignidad humana, han generado nuevos anhelos comunes. En el presente apartado se determinará si uno de aquellos



anhelos, considerados como derechos fundamentales, es la libertad de procrear, en especial consideración de las mujeres.

#### **2.2.1.9. Procrear: derecho, libertad y necesidad**

La conducta humana intersubjetiva se regula por sistemas de normas morales, religiosas o jurídicas. Estas últimas están compuestas por un conjunto de dispositivos y principios que tiene respaldo del Estado para su cumplimiento, concretizándose en las facultades que se atribuyen a los seres humanos, lo que se denomina derechos.

Sin embargo, los derechos no tienen una trascendencia similar. Algunos se derivan y consolidan la eficacia de otros. El segundo grupo mencionado son los derechos fundamentales que se pueden conceptualizar como aquellas instituciones que por voluntad del pueblo salvaguardan la dignidad, igualdad y libertad del ser humano.

En consideración de Luigi Ferrajoli, los derechos fundamentales, desde una perspectiva formal, se distinguen por su titularidad universal, en otras palabras, engloba a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o con capacidad de obrar. El profesor italiano concibe una característica que se circunscribe en la cobertura amplia de los derechos fundamentales, en el que no existen parámetros de discriminación para determinar a los beneficiados.

Antonio Enrique Pérez Luño, ensaya un concepto de derechos humanos (entiéndase derechos fundamentales) señalando que son “un

conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Es de resaltar que es notorio el realce del aspecto histórico que renuevan a los derechos fundamentales.

#### **2.2.1.10.El derecho a procrear en marco jurídico supranacional**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ejercicio de su función jurisdiccional, resuelve casos que interpone la Comisión Interamericana en contra de los Estados partes de la Organización de Estados Americanos. Producto de tal actividad se emiten sentencias en las que se pronuncia sobre las excepciones planteadas, el fondo del asunto, reparaciones y costos.

Una sentencia reciente en la que se reconoce el derecho a la autonomía reproductiva en la mujer es el caso denominado “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”, emitida el 28 de noviembre del 2012. Resolución que declara al Estado demandado responsable internacionalmente de la vulneración de los derechos a la libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva.

Los hechos del caso inician con la promulgación del Decreto Ejecutivo Nro. 24029-S, el 3 de febrero del 1995, por parte del Ministerio de Salud de Costa Rica. La norma regulaba la práctica de la Fecundación in Vitro en parejas conyugales. El 7 de abril del mismo

año se interpuso una acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto. La Corte Suprema del país, el 15 de marzo del 2000, resuelve declarar fundada la acción y se anula por inconstitucional. Durante casi cinco años de práctica de la FIV, en aquel país nacieron 15 costaricenses, no obstante, varias parejas que estaban sometiendo al tratamiento de la FIV durante el año 2000, vieron la necesidad de interrumpir el tratamiento o viajar a otros países.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que se ha conculcado el derecho a la libertad, entendido como *“el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones”*. Este derecho implica el respeto a la vida privada que *“incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y como decide proyectarse hacia los demás (...)”*.

En la sentencia (como se ha analizado en el párrafo supra) se estudian los derechos transgredidos partiendo desde el más genérico al más concreto. Es así que la Corte al explicar el derecho a la vida privada, aclara que este se relaciona con *“i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva”*. Con tal pronunciamiento se ha consignado de manera expresa que el derecho a la procreación es tutelado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Seguidamente la Corte complementa su fundamento remitiéndose a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas

de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 16 (e), prescribe que las mujeres gozan del derecho *“a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permita ejercer estos derechos”*.

#### **2.2.1.11. La doctrina peruana y el derecho a la procreación**

En el ámbito local, el estudio sobre los derechos reproductivos es reciente. Enrique Varsi Rospigliosi, un exponente del Derecho Genético en el Perú, ha manifestado que *“Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de nuevos derechos. Este fenómeno se debe a que el ámbito de protección jurídica se ha mostrado insuficiente en ciertos casos. Así, tenemos entre otros: (...) Derechos Reproductivos, se dividen en los negativos (legitimando los métodos de planificación familiar) y los positivos (atendiendo a la aplicación de procesos asistidos para tener descendencia)”*.

El referido jurista peruano también aclara que el término correcto a utilizarse es “derechos reproductivos”, y no “derecho a la procreación” o “derecho al hijo”, debido a que estas últimas expresiones tienen una connotación individualista, más no la primera frase en la que además implica el deber del Estado de protegerlos y así planificar políticas para su respeto.

Una forma de protección de los derechos reproductivos es facilitar el acceso a las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial, fecundación in vitro o maternidad subrogada) para aquellas mujeres infértiles. De esta manera se permite que cumplan su proyecto de vida.

#### **2.2.1.12. El derecho a procrear en el Perú**

La Constitución Política actual se estructura en tres partes: dogmática, orgánica y de garantías constitucionales. En la primera sección se ubican los derechos fundamentales; es el artículo 2 en el que se extiende una lista de 24 incisos en los que se nombran los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna. No obstante, existen otros artículos como el 139 y del 4 al 42 que también los contienen.

De la revisión de las normas (párrafo supra) se evidencia que en ninguna se acoge el derecho a la procreación. Sin embargo, no significa que la búsqueda terminó, el artículo 3 concordado con la Cuarta Disposición Final, son las llaves que abren las puertas a otros derechos fundamentales en un marco internacional de los derechos humanos (regulación conocida como *numerus apertus*). Por lo tanto, corresponde analizar el Sistema de Derechos Humanos en que está inmerso el Perú, tanto en sus instrumentos internacionales como en la jurisprudencia.

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en mérito a haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, tomando en consideración el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que *ad pedemliterae*: “*El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte*” (el subrayado es agregado), los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sus sentencias, también son parte del Sistema Interamericano.

Lo señalado implica que los mecanismos de protección de los derechos humanos, en nuestro país, no se agotan con las herramientas tutelares del derecho interno, sino más bien se extienden a mecanismos supranacionales. Es desde esta perspectiva que se procederá a indagar si existe un reconocimiento del derecho a la procreación.

### **2.2.2. Matrimonio, Familia y Parentesco**

Los conceptos de matrimonio y de familia, al igual que el de parentesco, están sujetos en la actualidad a un complejo debate. Mientras que muchos piensan que estas instituciones sociales han entrado en una profunda crisis, otros creen que están viviendo una fase de su evolución que hace a los mimos distintos de cómo eran en el pasado, y otros muchos creen que en lo sustancial

no han cambiado por lo que su esencia institucional permanece inalterable. También es evidente que no en todas partes del mundo estos conceptos se ha visto afectados por los cambio en idéntica medida, aunque no es menos verdad que en un mundo globalizado como el nuestro, las sociedades están cada vez más interconectadas y los problemas que afectan a las mismas son similares. Una de las claves de este debate es que en los países occidentales nunca han entrado en crisis más matrimonio que en el presente. Y, sin embargo, nunca en la historia, en esos mismos lugares han existido matrimonios de tan larga duración, debido entre razones, a la prolongación en la duración de la vida. En toda Europa es cada vez más común la vida en pareja sin matrimonio, han crecido sin parar. Y el concepto de matrimonio se ha ensanchado en muchos países occidentales y, progresivamente, en otras partes de mundo, para incluir a las parejas homosexuales.

#### **2.2.2.1. El parentesco**

Por su parte el parentesco, inicialmente surge para el estudio de la estructura social de las sociedades primitivas o más tradicionales; posteriormente para estudiar la evolución de nuestra sociedad. Dos problemas fundamentales que definen las teorías del parentesco:

Matriarcado / patriarcado: El debate versa sobre si el origen de la sociedad sería un sistema de patriarcado o matriarcado. Se produce en el seno de las teorías evolucionistas. A partir del debate se desemboca en las nuevas teorías del parentesco, de los años 30 a 70. Se critica el uso de las dos categorías matri-patri como si fueran estadios históricos y no alternativas de funcionamiento.

## **2.2.2.2. Teorías del parentesco**

### **a) La teoría de la filiación**

Desarrollada por teóricos estructural-funcionalistas, en Inglaterra. Origen en Radcliffe-Brown. Se desarrolla sobre todo a través de la obra de Evans-Pritchard y Meyer Fortes. Esta teoría considera los grupos de filiación, grupos de parentesco que dividen la sociedad. Grupos corporativos a los que un individuo pertenece desde que nace. Tiene por tanto una función de asegurar la transmisión de derechos y deberes (estatus) del individuo.

### **b) La teoría de la alianza**

Desarrollada por los estructuralistas en Francia. Según Lévi-Strauss, lo fundamental del parentesco es el matrimonio. Establecimiento de alianzas entre familias, intercambio de bienes y mujeres.

Pero, la teoría de filiación como la teoría de alianza entran en crisis en los años 70.

En casi todas las sociedades el parentesco es el argumento principal para entender su funcionamiento, desde diferentes puntos de vista: económico, político, religioso, etc. El parentesco se convierte en la estructura clave para entender la organización social. En nuestra sociedad occidental sigue siéndolo también a pesar de los cambios y de la mayor fragmentación de las instituciones. Los vínculos que nos hacen parientes determinan un tipo de



comportamiento social y pueden ser del mismo tipo en diferentes sociedades de ahí las dificultades para discernirlos.

El parentesco se puede definir como el conjunto de creencias, derechos, responsabilidades, hábitos relacionados con la interpretación de los principales hechos biológicos. El parentesco es una construcción cultural. Parentesco: el campo de ideas constituido por las creencias y expectativas que los parientes comparten entre sí. Parientes son las personas relacionadas entre sí a través de la filiación o de una combinación de afinidad y filiación.

### **2.2.2.3. Funciones del parentesco**

Las funciones básicas del parentesco son:

- Procurar la continuidad generacional, biológica, cultural, de propiedades y de status.
- Definir los sistemas de relaciones sociales (esencial en sociedades preestatales)

### **2.2.2.4. Filiación y afinidad**

El estudio de la vida doméstica en multitud de culturas de todo el mundo ha llevado a la conclusión de que existen dos ideas, reglas, o principios mentales universales, para establecer las relaciones sociales y definir el parentesco de forma genérica. El parentesco se basa en las relaciones de filiación y las relaciones de afinidad:

- Las reglas de *filiación*, mediante las cuales cada sociedad establece las formas de ascendencia y descendencia. Es la creencia de que ciertas personas desempeñan un papel importante en la procreación, nacimiento y crianza de los hijos. Implica la conservación de algún aspecto de la sustancia, o del espíritu, de la gente en futuras generaciones por lo que es una forma simbólica de inmortalidad. Son las reglas que determinan la descendencia y la otorgan la membresía a un individuo de un grupo de filiación concreto.
- Las reglas de *afinidad* son las formas o principios por los que se establecen relaciones entre los individuos que contraen una relación de carácter matrimonial. Son las relaciones que resultan del matrimonio y cada cultura ha creado unas reglas, de proscripción y prescripción, para la selección de la pareja conveniente.
- Las personas relacionadas entre sí por filiación o a través de la combinación de filiación y afinidad son *parientes* y el campo de ideas constituido por las creencias y expectativas que los parientes comparten entre sí es el *parentesco*.
- Las relaciones de parentesco se confunden a menudo con las relaciones biológicas pero las teorías de la reproducción y la herencia varían de una cultura a otra y ninguna sociedad humana carece de alguna teoría a este respecto. Es necesario distinguir la cuestión de la procreación de los atributos, responsabilidades, derechos de la paternidad y maternidad. Lo que es culturalmente interesante es comprender los atributos (derechos y

responsabilidades) que otorga la paternidad entendiéndola como la creencia de que le corresponde la crianza del niño. La relación que después esto tenga con los hechos biológicos no tiene interés para la antropología. La cuestión clave es que no existe paralelismo alguno entre la paternidad biológica y los derechos y obligaciones que cada sociedad le atribuye y lo mismo sucede con cualquier parentesco.

#### **2.2.2.5. El matrimonio**

En todas las sociedades existe el concepto de matrimonio, entendido como una alianza entre cónyuges. Al igual que la familia constituye una forma de agrupación social tan estandarizada en la vida social que determina la existencia de una institución, una forma de unión entre los seres humanos tan marcadamente frecuente que genera, igualmente, una institución. Durante mucho tiempo, la definición predominante de matrimonio en la antropología ha sido la que respondía al matrimonio europeo, aunque la misma estuviese presente también en otros lugares. De este modo, una definición frecuente del matrimonio, en términos antropológicos fue la siguiente: “Se entiende por matrimonio la unión legítima entre un hombre y una mujer, tal que sus hijos sean reconocidos como descendientes legítimos de los progenitores” (Gómez, 1995).

Sin embargo, es indudable que en muchas partes del mundo se reconoce el matrimonio plural, es decir, el compuesto por más de dos cónyuges, por lo general de distintos sexos, y así se halla

institucionalmente reconocido, lo cual prueba que el matrimonio que hemos llamado europeo no es el único posible. Dentro de este matrimonio plural existen formas diversas.

Se evidencia, por otro lado, que el matrimonio monogámico y heterosexual, ciertamente, se encuentra en la totalidad de las culturas conocidas, unas veces como modelo único y otras veces como modelo cuantitativamente predominante.

Por lo que parece, en todas las sociedades actuales y en la práctica totalidad de las históricas existe el concepto de matrimonio, aunque las variaciones de su significado, según las culturas, sean notables. ¿Es el matrimonio la estructura más simple de la vida social? A las estructuras más simples de los sistemas de parentesco se las denomina átomos del parentesco, de acuerdo con la denominación que les dio C. Lévi-Strauss. Sin embargo, al menos, existen tres propuestas al respecto. La de Radcliffe-Row, la de R. Fox y la del propio C. Lévi-Strauss.

#### **2.2.2.6. La polémica sobre la universalidad del matrimonio**

Existen casos en la literatura antropológica en los cuales parece que el matrimonio no está presente. El más sorprendente de todos es el de los Nayar de Kerala, en la costa Malabar de la India, auténtica excepción en la concepción del matrimonio. Los jóvenes adolescentes de ambos sexos, pertenecientes a un linaje adolescentes de ambos sexos, pertenecientes a un linaje se unían en matrimonio con sus iguales, del

otro sexo, de algún linaje asociado. Sin embargo, una vez unidos en matrimonio, los jóvenes se separaban para siempre, prendiendo alrededor del cuello de las muchachas el símbolo de la alianza. Era entonces, después del baño purificadorio que cerraba el ritual, cuando las muchachas retornaban a sus aldeas de origen. A partir de este momento las relaciones sexuales de estas últimas se producirían con los llamados compañeros visitantes o con sus compañeros ocasionales, siempre de su casta o de una casta superior. Los hijos nacidos de las distintas relaciones establecidas con posteridad al matrimonio no son reconocidos como descendientes legítimos de los progenitores, sino que pasan directamente a integrar el linaje de la madre. Por lo tanto, existe una dificultad conceptual insalvable para asimilar las extrañas costumbres de los Nayar a lo que denominamos matrimonio, aun ensanchando el concepto cuanto sea posible. El matrimonio de los Nayar fue descrito por los colonizadores ingleses en 1972, tras tomar contacto en la costa Malabar pero continuó teniendo vigencia hasta finales del siglo XIX..

Por otro lado, la propia literatura antropológica documenta casos en los cuales el matrimonio se lleva a cabo entre cónyuges del mismo sexo, antes de que este tipo de matrimonio fuera reconocido en las sociedades occidentales a fines del siglo XX y comienzos del XXI.

### **2.2.3. Infertilidad y Técnicas de Reproducción Asistida**

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud estamos frente a una posible infertilidad: “cuando no se ha podido concebir un hijo después de un año de relaciones sexuales sin mediar métodos anticonceptivos”.

#### **2.2.3.1. La Infertilidad en el Perú**

La infertilidad es un problema que afecta a más de 80 millones de personas en el mundo, del cual Perú no se encuentra ajeno, convirtiéndose en un problema cada vez más preocupante, así lo explica el doctor Julio Díaz Pinillos en un entrevista dada al periódico La República, en la que precisa que el 20% de personas se ven afectadas por problemas de infertilidad, es decir dos de cada diez parejas padecen esta enfermedad, siendo cerca de un millón de personas en el Perú quienes tienen este problema, del total de parejas con problemas para concebir, se atribuyen 40% de casos a factor femenino, 40% a factor masculino, y un 20% es por alteraciones en ambos al mismo tiempo o de origen inexplicable. Por lo tanto, el no poder concebir no es exclusivamente de la mujer sino compartido, así que la búsqueda de una solución debe ser en pareja.

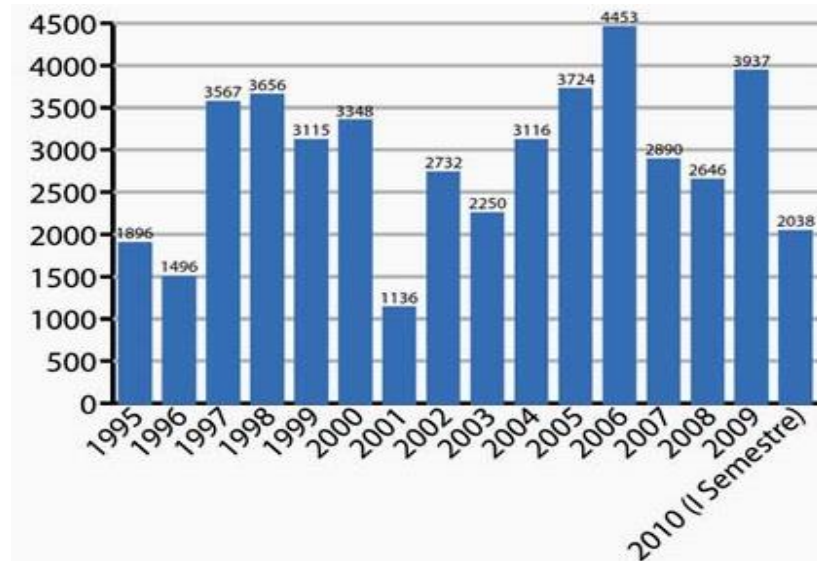
Para Roa-Meggo (2012) no se puede decir con certeza que la tasa de la infertilidad ha aumentado o aumentará, dado que no se tiene un registro nacional en el que se pueda apreciar la tendencia. Algunos sucesos podrían decirnos que sí, como las tendencias en otros países cercanos (ej. Brasil y Argentina); más centros y especialistas que

ofrecen servicios de tecnología de reproducción asistida (en 1995 existían 50 centros; hoy, según la red Latinoamericana de Centros de Reproducción Asistida, existen 141 centros de reproducción asistida); mayor número de mujeres mayores de 35 años que deseen por primera vez procrear.

Asimismo, indica que los factores que sugieren que debe ser un problema a ser atendido son:

- Primero, porque no debe desestimarse nunca un problema de salud hasta que no se conozca su real magnitud. ”
- Segundo, porque si nos basamos en las estadísticas de los centros de salud, el número de personas con infertilidad que consultan y reciben tratamiento por infertilidad ha aumentado en los últimos años; y para algunos especialistas debido a algunos factores socio-económicos este fenómeno seguirá aumentando.”
- Tercero, porque conociendo nuestro sistema de salud sabemos que los números reales no son fiables por el sub-registro y de población que no busca atención médica por diversos factores.
- Y cuarto, pero no menos importante, es que hoy tenemos ya una población que demanda estos servicios y que tiene derecho a recibir atención de profesionales capacitados y sobre todo apoyo del Estado para el tratamiento de su infertilidad, como lo tiene para otra cualquier causa de salud.

Según la estadística correspondiente al periodo de 1995 al primer semestre del año 2010, sobre casos de consulta externa por infertilidad atendidos en consulta externa del Servicio de Fertilidad del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, es la siguiente:



### 2.2.3.2. Antecedentes de la Maternidad Subrogada

No es posible establecer cronológicamente un punto certero del origen de la maternidad subrogada, puesto que si revisamos textos antiguos, encontramos que data desde la Antigüedad. Es así que, el Código de Hammurabi establecía que la mujer estéril que quería tener hijos debía dar una esclava a su marido con fines de procreación (Ley 146), perdiendo así el marido todo derecho a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla (Ley 147). Cuando la esclava proporcionada por la mujer daba hijos al señor, no podía este último tomar concubina (Ley 144). Si la mujer principal no daba hijos a su marido, ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa,



pero no de la misma categoría que la mujer principal (Ley 145) (Lara, 1986.p. 107).

Así también, podemos observar que la Biblia en el libro de Génesis relata que Sarah al ser estéril, le dio a Abraham por mujer a su sierva egipcia, Agar. Y del mismo modo, cuenta sobre la utilización que Raquel hacía de su esclava Bilhá para tener un hijo de Jacob.

Por su parte, la antigua religión de griegos y romanos disponía que si un matrimonio resultaba estéril por causa del marido, entonces un hermano o un pariente de este último debía sustituirlo y la mujer tenía que entregarse a ese hombre. El hijo que nacía de esa unión se consideraba como del marido y continuaba su culto (De Coulanges, 1994. p. 33).

Desde la posición contraria, en cambio, se afirma que los antecedentes de la maternidad subrogada datan del siglo XX. Sobresaliendo en 1940 el primer banco de semen (Brena, 1995. p.72), y para 1944 tiene lugar la práctica de la primera fecundación extracorpórea de embriones humanos (Guzmán, 2001. p. 27-28), realizada por los biólogos John Rock y Meneen (Loyarte y Rotonda, 1995. p. 115).

Asimismo, en 1953 en Estados Unidos, se presentan los primeros embarazos con semen congelado (Carcaba, 1995. p. 14). Durante 1969 se practicó una fertilización in vitro de gametos humanos en Reino Unido y en 1975, a través de un anuncio publicado en un

periódico de California, una pareja infecunda solicitaba una mujer para ser inseminada artificialmente (Vidal, 1988. p.180). Esta publicación y las que siguieron favorecieron la creación de las sociedades de préstamos de úteros, siendo las pioneras la Surrogate Family Service Inc, que concretó en 1976 el primer acuerdo de maternidad subrogada a través de una inseminación artificial, financiada por el abogado Noel Keane, así como la Surrogate Parenting Associates tenía como misión la celebración de contratos de subrogación.

Paradigmáticos han sido los casos de Louise Brown, concebida fuera del útero materno mediante la fecundación de un óvulo proporcionado por la madre, Lesley Brown, así como el conocido caso de Baby Cotton, nacido en Londres el 4 de enero de 1984, quien fuera gestado por una mujer inglesa por encargo de una pareja estadounidense a cambio de una suma de dinero (Chiapero, 2012.p.49). De igual importancia resulta en 1989 la celebración del contrato de gestación subrogada (Cumpiano, 1996.p.79) entre el matrimonio Whitehead y el señor Stern, cuya nulidad, a pesar de haber sido decretada por la Suprema Corte de New Jersey, ante el reconocimiento de la maternidad de la señora Mary Beth Whitehead, determinó entregar la custodia de la menor al padre biológico, William Stern (Corral citado en Lepin, 2013.p.86).

En un sentido opuesto, sobresalen los contratos de maternidad subrogada concertados entre la señora Anna Johnson y el matrimonio Calvert, así como el celebrado entre la señora Johnson y el matrimonio

Mosqueta, en los que se privó de derechos maternos a las mujeres gestantes al decretarse la validez de los contratos (Corral citado en Lepin, 2013.p.167).

Los casos anteriormente mencionados demuestra las discrepancias que existen respecto del origen de la maternidad subrogada y los distintos criterios de solución pronunciados por los órganos jurisdiccionales en lo referente a la filiación y custodia de los nacidos a través de éste método; es por ello que no podemos ser ajenos, y nos damos cuenta de que la práctica de este método se ha hecho más frecuente y común como lo evidencian los anuncios propagados en Internet, así como la existencia de empresas que brindan los servicios de fertilidad o el llamado “turismo reproductivo”, ubicados en países como la India, Grecia, California y Ucrania.

En ese sentido, la maternidad subrogada se empezó a hacer más conocida a mediados de los 70 y a partir de esa fecha han surgido diversas denominaciones, dentro de las cuales Lema Añóm (1999) emplea las siguientes: alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, arrendamiento de vientre, donación temporal de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación por sustitución, gestación subrogada, madre portadora, maternidad sustituta, maternidad de sustitución, maternidad Suplente, maternidad de alquiler, maternidad por encargo, madres de alquiler, madres portadoras o vientre de alquiler.

Dentro de todos estos términos, muchos expertos de la materia coinciden en que el termino arrendamiento o alquiler resulta

incompatible dado que alude a un contrato de arrendamiento, y siendo que el objeto del acuerdo de maternidad subrogada es el traspaso de los derechos paterno filiales del niño producto del acuerdo, resulta imposible denominarlo de tal manera, es por ello que siempre ha predominado más el de maternidad subrogada.

### **2.2.3.3. Clases de Maternidad Subrogada**

Podemos clasificar la maternidad subrogada según la aportación de gametos en: total o parcial, y según el fin de la misma en: altruista u onerosa.

#### **a) Subrogación materna total, plena o tradicional**

La mujer contratada es inseminada y aporta sus propios óvulos, pero después de la gestación y el parto (Hernández y Santiago, 2011.p.1341) entrega al producto de la concepción. Normalmente se insemina con el espermatozoides del padre comitente, pero también puede ser el espermatozoides de un donante (Ortiz, 2007.p.1200).

#### **b) Subrogación materna parcial o gestacional**

Este método consiste en implantar los gametos en la madre subrogada mediante fertilización in vitro. Da lugar a que el óvulo pueda pertenecer a la madre comitente o a una donante, pero no a la gestante, mientras que el espermatozoides puede ser aportado por el padre comitente o un donante (Ortiz, 2007.p.1200).

#### **c) Subrogación materna altruista**

Se presenta cuando la madre gestadora acepta llevar a cargo el procedimiento de maternidad subrogada de manera gratuita, por lazos de amor, amistad o parentesco con la pareja contratante (Hernández y Santiago, 2011.p.1341).

#### **d) Subrogación materna Onerosa**

Bajo esta modalidad la madre gestante recibe de la pareja contratante una contraprestación económica por concluir el embarazo y entregar al producto de la concepción al nacer, renunciando a todos sus derechos sobre él.

### **2.2.4. Aproximación jurídica a la Maternidad Subrogada**

#### **2.2.4.1. Constitución Política del Perú**

En nuestra Constitución, no encontramos algún artículo que refiera explícitamente a la Maternidad Subrogada, sin embargo dentro del Capítulo I referente a los Derechos Fundamentales de la Persona se ubica el artículo 2° inciso 1, el cual señala que:

*“Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.*

De este modo, encontramos en este artículo la potestad de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Al respecto, mediante STC N° 2868-2004-AA el Tribunal Constitucional en su fundamento 14 señala concluyentemente que: *“El*

*derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.*

*Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.*

*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”.*

En ese sentido, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada.

Además, en el Capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos, ubicamos al artículo 6° y 7° los cuales indican lo siguiente:

Artículo 6°.- *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)”*.

Artículo 7°.- *“Todos tienen derecho a la protección de su salud (...)”*.

En relación a éstos artículos, cabe resaltar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas – ONU, el cual desarrolla los alcances de los derechos fundamentales a la salud reproductiva, dejando establecido en el fundamento 11 de la observación general N° 14 del 2000 y fundamentos 17 de la observación general N° 22 del 2016, que la ausencia de afecciones y enfermedades así como el derecho a la atención no es lo único a lo que refiere el significado del derecho a disfrutar del nivel más alto posible de salud, sino que *“ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva”*.

Además, es preciso indicar que el Comité en el fundamento 6 de la observación general N° 22 del 2016 señala lo siguiente: *“La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”. La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”.*

De ello, podemos deducir que las personas que padecieran de problemas relacionadas a su salud reproductiva, pueden y tienen el derecho de seguir el tratamiento médico más adecuado a fin de solucionar su padecimiento, además de tomar otras medidas informadas y libres, relacionadas a éste ámbito de la salud.

Así también, en el fundamento 10 de la observación general N° 22 del 2016 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que *“el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que*



*fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad”.*

En consecuencia, al hablar del derecho a la salud reproductiva también estamos refiriéndonos a otros derechos civiles y políticos, como el derecho a la integridad física, a la vida, la autonomía, a la libertad, la seguridad de la persona, la privacidad, el respeto por la vida familiar, la no discriminación, la igualdad, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de la sentencia del caso Artavia Murillo contra Costa Rica (2012, párrafo 143) resalta que: “...*la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...*”.

Dentro de la misma sentencia, la Corte (Párrafo 146) concluye que: “*el derecho a la vida 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...*”. Es por ello que, para la Corte (Párrafo 150): “*el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de*

*la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva 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”.*

En ese sentido, si al amparo de la normativa y jurisprudencia convencional bajo la cual se encuentra vinculado el Estado peruano, una persona ha recurrido a las técnicas de reproducción asistida, a fin de que con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona, pueda llegar a conseguir el estatus de madre, sería una contradicción que después que dicha técnica obtuviera el resultado esperado (concepción, gestación y nacimiento) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que recurrió a dicho método.

#### **2.2.4.2. Ley General de Salud**

Si bien en nuestro país no existe una norma que sancione expresamente la maternidad subrogada, tenemos un dispositivo que la prohíbe tácitamente, así la Ley General de Salud en su artículo 7°, señala 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”.*

A partir de la lectura del citado artículo, se puede interpretar que hay un ejercicio limitativo del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) exclusivamente para aquellos casos en los que el elemento genético de la madre concuerde con su condición de gestante, definitivamente, ese es el supuesto al que refiere el artículo antes indicado; no obstante, no está escrito en alguna ley, ni en ningún país del mundo se admite que las personas estén protegidas “solo para determinados problemas de salud”.

Empero lo mencionado, no quiere decir que otros supuestos o situaciones no previstas en la norma estén prohibidas. Es así que, lo único que puede afirmarse a partir de éste artículo es que no regula más supuestos que la mujer gestante comparta material genético con el bebé; puesto que sería inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, asumir limitaciones al derecho a la salud reproductiva.

En consecuencia, el razonamiento a utilizar es que más allá del supuesto que contempla la ley, no hay ninguna norma con dicho rango que establezca una prohibición; por tanto, en aplicación del artículo 2° inciso 24 literal a) de la Constitución, las técnicas de reproducción humana asistida realizadas descansan en un pacto legítimo, pues “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”.

El Congresista de la República Elías Nicolás Rodríguez Zavaleta el 11 de marzo de 2013 presentó el Proyecto de Ley N° 2003/2012-CR al Congreso de la República denominado “Ley Que Modifica el Artículo 7 de La Ley N° 26842 - Ley General De Salud, referida al uso de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida”; a través de la cual proponía que el artículo 7° de la mencionada Ley quede de la siguiente forma:

*“Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad. Los miembros de un matrimonio o concubinato que tengan problemas de infertilidad pueden procrear mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. El uso de las técnicas de reproducción humanan asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada, deben ser autorizadas por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitantes, debiéndose adjuntar a su solicitud de autorización el informe médico del especialista que indique que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y/o maternidad subrogada, debiendo fundamentar el porqué no se opta por otras técnicas. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso”.*

Podemos observar que mediante éste proyecto de Ley, el cual no aprobaron, intentó darle la oportunidad a la maternidad subrogada de estar presente explícitamente en un texto normativo, puesto que, se

pretendió establecer una vía por la cual los acuerdos se celebrarían conforme a ley; sin embargo, no contemplaba todos los aspectos que implica la misma.

#### **2.2.4.3. La Maternidad Subrogada en la Jurisprudencia Peruana**

Dentro de nuestra jurisprudencia encontramos una serie de casos relacionados generalmente a las Técnicas de reproducción asistida como son la Cas. N° 5003-2007-Lima (*inseminación artificial*); Cas. N° 4323-2010-Lima (*ovodonación*); pero en específico a la maternidad subrogada hemos ubicado solo dos casos, siendo los siguientes:

##### **2.2.4.3.1. Cas. N° 563-2011-Lima**

Ésta casación es la primera resolución de la Corte Suprema en nuestro país relacionada a los vientres de alquiler, y su importancia reside en el precedente que ha establecido sobre la maternidad subrogada.

El caso versa en un matrimonio, conformado por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, quienes encargaron a una mujer, Isabela Zenaida Castro Muñoz, la gestación de un bebé, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja de esposos pagó una suma de dinero de \$18 900 dólares a la gestante.

La fecundación del bebé se realizó con el gameto del Sr. Giovanni Sansone, por lo cual, biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre subrogada.

Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente, Paúl Frank Palomino Cordero, quien realizó un reconocimiento de complacencia. Por lo tanto, el padre de sangre (Giovanni Sansone) no figuraba como padre formal o legal, además, no sólo era el padre biológico de la niña, sino que, por el parentesco que le unía a la mujer que alquiló su vientre, resultaba ser, al mismo tiempo, el tío abuelo de la menor por afinidad.

Posterior al alumbramiento, la niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes; y éstos iniciaron un proceso de adopción por excepción acorde al artículo 248° Código de los Niños y Adolescentes, a fin de que legalmente se constituyera la filiación a su favor, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepintieron de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

No obstante, el desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por la pareja de esposos contratantes. Visto ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación. Alegando:

- Transgresión del artículo 115 CNA, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor.

- Infracción del artículo 128° CNA, inciso b), porque la adoptante, presunta tía demandante, Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, Paúl Frank Palomino Cordero, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico.
- Infracción del artículo 378° Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.

Finalmente, la Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento. Debido a que, dedujo que sí procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de Paúl Frank Palomino Cordero. Por tanto, éste era el padre legal de la niña y, en consecuencia, la comitente demandante (doña Dina Felicitas Palomino Quicaño), la tía de la menor.

De esta forma, interpretó que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad. Frente a este dilema, y basándose en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos desde un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado.

Mediante ésta Casación la Corte Suprema de Justicia no cuestionó la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que exigió su cumplimiento; además determinó que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear a un ser humano para entregarlo en adopción a cambio de “beneficios económicos”.

#### **2.2.4.3.2. Sentencia referente al Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

A través de la sentencia emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, el 21 de febrero del 2017 referida al Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, el Poder Judicial ordena a RENIEC inscribir como padres a pareja que utilizó el método de subrogación materna para procrear hijos.

Con ésta sentencia se marca el segundo y nuevo precedente jurídico para la maternidad subrogada en nuestro país; puesto que, en primera instancia el Poder Judicial ordenó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) que inscribiera al matrimonio conformado por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau como padre y madre legítimos de dos menores que



nacieron bajo la modalidad conocida como vientre de alquiler, pese a que la mujer no gestó el embarazo ni aportó el óvulo.

Dentro de los presupuestos fácticos de la demanda que señala la Sentencia refieren lo siguiente:

*“La parte actora sustenta su demanda, en los siguientes hechos:*

- 1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.*
- 2. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.*
- 3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas*

*en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.*

*4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo”.*

En su sentencia, el juez sostuvo que pese a que la Ley General de Salud establece en su artículo 7° que toda persona tiene derecho a hacer uso de las TERA “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, no existe una “expresa prohibición” de la norma frente a otros supuestos, como es el caso en juicio (en el que la gestante E.R. no aportó carga genética), por ende ordenó a RENIEC inscribir como padres a pareja que utilizó el método de subrogación materna.

#### **2.2.4.4. Acuerdo de Maternidad Subrogada y el Derecho privado**

Nuestro Código Civil peruano de 1984, define al contrato en el Artículo 1351° de la siguiente manera, «El contrato es el acuerdo de dos

o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial».

Y en el ámbito de la doctrina, De la Puente citado por Mario Castillo Freyre (2015, p.448) manifiesta que el contrato es «un acto jurídico plurilateral y patrimonial». Es plurilateral, ya que a diferencia de los actos unilaterales, necesita el concurso de las manifestaciones de voluntad de varias partes para generar la creación, regulación, modificación o extinción de relaciones jurídicas.

Por su parte Mario Castillo Freyre (2015, p.448), señala que el contrato es un acto jurídico patrimonial, ya que la relación jurídica creada (regulada, modificada o extinguida por el acto) versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, o sea que puedan ser objeto de valoración. Esta valoración –como bien lo expresa De la Puente – no tiene carácter subjetivo, o sea no interesa si determinado bien tiene valor económico para determinada persona, lo cual puede estar influenciado por factores sentimentales, de oportunidad o de necesidad, sino carácter objetivo, esto es considerando si el bien tiene un real valor económico por sus propias características, prescindiéndose de connotaciones personales.

De los conceptos doctrinarios sobre el contrato, se entiende que es un tipo de acto jurídico plurilateral y de carácter patrimonial, es decir que en él deben de confluir todos los requisitos del acto jurídico, tales como agente capaz, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad; asimismo la

relación jurídica creada debe basarse sobre bienes con naturaleza económica.

Son estos preceptos normativos los cuales deben de enmarcarse dentro de la maternidad subrogada para ser consideradas como contrato. La doctrina colombiana ha desarrollado ampliamente algunas posturas al respecto, tal es así que Rueda y Mejía (2015, p.96), en su artículo “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre” han adecuado los presupuestos normativos que requiere todo contrato, en la maternidad subrogada para ser considerada como tal, en éste punto desarrollaremos cada uno de ellos.

Rueda & Mejía (2015, p.96) señalan que la manifestación de voluntad de quienes intervienen en esta técnica está encaminada de una manera u otra a la producción de efectos en el derecho. De allí que se materialice en el mundo jurídico a través de la figura de contrato, el cual se asume como el instrumento por medio del cual se declara una voluntad capaz, consciente y lícita.

El contrato es una fuente de la cual emanan obligaciones, las cuales generalmente son recíprocas entre las partes que en él intervienen, en consecuencia, la figura del contrato como institución social permea la mayoría de situaciones en la que vivimos, cada vez son más las cosas y servicios que pueden ser contratados, de allí que las denominaciones contractuales vayan en aumento y los contratos atípicos sean cada vez más recurrentes. Con todo esto, no debería entonces parecer exótico que las personas nazcan por contrato. Bullard,

señala que el contrato consigue que dos personas que buscan lo mejor para cada una de ellas, lo consignan simultáneamente, derivando de la contradicción de intereses, casi como por arte de magia, la complementación de intereses (Rueda & Mejía, 2015, p. 96-97).

En la actualidad la ciencia biológica ha tenido un gran avance, sobre todo en lo que a técnicas de reproducción asistida se refiere, el país no es ajeno a estos acontecimientos, la sociedad está es dinámica así como sus usos y costumbres, por lo que estamos de acuerdo con Pinzón, Rueda y Mejía, al señalar que no debería entonces parecer exótico que las personas nazcan por contrato; es decir, a través de la maternidad subrogada, agregando además que se vienen realizando actualmente estas actividades clandestinamente.

Respecto a las partes que conforman el contrato de maternidad subrogada Rueda y Mejía (2015, p.97) indican que “de un lado, una pareja comitente deseosa de tener hijos, y de otra parte, una mujer que acepta adelantar un embarazo a cuenta y riesgo de la pareja comitente; esta mujer debe someterse a los procesos biotecnológicos para lograr la gestación con la intervención de un equipo médico cualificado, con el fin de que al momento del parto o en un tiempo prudencial entregue el niño resultado de la técnica y reciba la contraprestación acordada si se hubiera pactado así”.

De esta manera señalan Rueda y Mejía (2015, p.97) el contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre se presenta como un *estilo innominado*, al no contener una reglamentación

específica que lo haga típico, presentando características particulares y diversas modalidades de desarrollo y contenido.

En ese sentido, dentro de los elementos esenciales del contrato, que serían aplicables a los Acuerdos o contratos de maternidad subrogada serían los siguientes:

#### **a) La Capacidad**

Como primer elemento de validez del contrato, la capacidad hace referencia a la aptitud de la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones, en otras palabras “consiste en la aptitud de toda persona para poder obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra” (Suarez, R. 2008, citado por Rueda y Mejía, 2015, p. 99).

En este tipo contractual, la capacidad, revisada desde las partes intervinientes, deberá establecerse como una capacidad legal o de ejercicio. En este sentido solo pueden acudir a la suscripción del contrato y a la realización de la técnica reproductiva las personas mayores de edad, pero este elemento de validez no resultará suficiente en esta práctica contractual. Así, por ejemplo, deberá existir absoluta claridad sobre quienes pueden acceder a ella, tal como sucede en figuras de tradición normativa como la adopción (Rueda y Mejía, 2015, p. 99).

Los autores citados señalan que debe haber claridad sobre quienes pueden acceder al contrato de maternidad subrogada,

recomendando se apliquen los requisitos establecidos para la adopción, en este caso en nuestra legislación peruana nuestro Código Civil, señala en su artículo 378° los requisitos para la adopción como por ejemplo que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, entre otros complementándose con el artículo 131° del Código de los Niños y Adolescentes; por lo que consideramos también que en la regulación de la maternidad subrogada debería de aplicarse estos requisitos para con los comitentes.

Por otro lado Rueda y Mejía (2015, p.101) señalan que no todas las mujeres pueden ser gestantes, pues no basta la capacidad legal y el consentimiento sino que además podrían ser establecidos requisitos especiales como una edad reproductivamente apropiada, el hecho de que ya haya tenido previamente hijos sanos, tener una buena salud psíquica, entre otras.

#### **b) El Consentimiento**

El consentimiento es la aquiescencia dada de manera voluntaria y libre, hace referencia a la confluencia de voluntades sobre un determinado objeto jurídico (Suarez, R. 2008, citado por Rueda y Mejía, 2015, p.101).

El consentimiento señalan Rueda y Mejía (2015, p.101) se forma a partir de que las personas expresan su voluntad conjunta

sobre un mismo objeto jurídico. Para que ese consentimiento sea válido éste debe estar exento de vicios como el error, la fuerza y el dolo.

El consentimiento en la celebración del contrato de maternidad subrogada debe ser declarado por escrito, con el fin de que no existan ambigüedades, esta idea debe estar acompañada del consentimiento informado que se debe dar a la mujer gestante para la realización de la técnica reproductiva adecuada, en aras de lograr la concepción y adelantar posteriormente el embarazo, en otras palabras, debe ser apto, informado y asesorado, no solo con relación a tratamientos médicos reproductivos que se emplearán para lograr la concepción y el embarazo, sino además sobre las consecuencias jurídicas de su decisión con relación al niño, resultado de la técnica empleada. Ahora bien las parte no pueden llegar a la celebración del contrato mediante engaño, error, fuerza, dolo o coacción alguna, porque de presentarse una de tales situaciones el consentimiento estará viciado y el contrato así realizado no conducirá a la producción de efectos jurídicos válidos. El consentimiento como elemento de validez del contrato debe ser dado frente a aquello en lo que sea posible declararlo (Rueda y Mejía, 2015, p.101-103).

En consecuencia el consentimiento debe ser calificado, acompañado por quienes están autorizados por ley para otorgarlo, juzgándose el grado de suficiencia para la toma de una decisión informada ampliamente. Visto desde la perspectiva de los



comitentes, su consentimiento en todo caso no podrá ser revocable, pues una vez se ha decidido tener un hijo, sea naturalmente o con asistencia científica como en el caso de maternidad subrogada, no se pueden desconocer las relaciones filiales que de tal decisión surgen, ya no como deseo de los padres sino ante todo como protección al niño. Ya que la intención del hijo es de los padres comitentes, no se puede alegar posteriormente excusa alguna frente a las obligaciones que por el vínculo filial se deriven (Rueda y Mejía, 2015, p.105).

En este punto del consentimiento como requisito, estamos de acuerdo con la doctrina tratada, al señalar que esta debe ser por escrito, así evitaremos el cumplimiento frente a las obligaciones que se generen del contrato de maternidad subrogada.

#### **c) La Causa Lícita**

La causa final es el fin próximo que determina la voluntad de obrar, la causa corresponde al por qué contrataron las partes, a cuáles son las motivaciones que indujeron a los contratantes a celebrar el contrato, de allí que el establecimiento de si es lícita o no corresponde de manera exclusiva al juez, quien deberá determinar su licitud (Rueda y Mejía, 2015, Pg. 105).

En este sentido, no pueden adolecer de nulidad estos contratos por ilicitud, en cuanto no están prohibidos expresamente por ley.

#### **d) El Objeto Lícito**

En el tipo de contrato propuesto no se trata de un negocio jurídico cuyo propósito sea la compra de un niño, pues no existe en el empleo adecuado de la técnica un propósito de explotación del niño-hijo, ni de la mujer que actúa como gestante, ni de las agencias que dedican esfuerzos profesionales para realizar la intervención asistida reproductiva, ni de los padres comitentes que anhelan ser padres. En un correcto contrato de gestación de vida humana por sustitución de vientre no se puede dejar evidenciado ningún tipo de dolo ni propósito diferente al de una voluntad reproductiva responsable (Rueda y Mejía, 2015, p.108).

Alarcón, F. (Citado por Pinzón, Rueda y Mejía, 2015. P.108) señala que el objeto del negocio jurídico, tal como lo plantea Alarcón, “no sería el embrión o feto, es decir, no sería un ser humano; su objeto lo constituiría la fuerza biológica de gestación de una mujer. Aún más, el objeto ni siquiera sería un aparte del cuerpo de la mujer, es decir su útero o vientre”.

Es claro que el útero es un órgano del cuerpo humano y por tanto es un bien no económico, pero debe entenderse que en el tipo de contratos que se propone este no se encuentra en venta, ni siquiera en alquiler, de lo que se trata es de entender que como órgano humano tiene un uso, uno muy especial y que su función biológica de gestación es la que se convierte en objeto, ningún órgano tiene tan especial importancia de gestar vida como el útero; de allí radica la alta complejidad de su utilización para el servicio de

otros, no debe parecer anómalo que se realicen funciones corporales en beneficio de otros (Rueda y Mejía, 2015, p.108).

No existe la degradación de un bien supremo en la práctica y en el desarrollo contractual de la gestación de vida humana por sustitución de vientre, ni se niega de forma alguna la condición de sustancia individual de ser humano por el hecho de advertir que en el uso de su propia libertad las mujeres puedan disponer de las funciones de su cuerpo en beneficios de otros. De otro lado, los hijos como bienes supremos no se degradan por la forma en que son concebidos, ni por los aspectos familiares en los que son recibidos. Es frecuente que, abusando de la categoría de medio, se suele suponer que las mujeres gestantes son objeto de coacción o soborno, dejando por sentado que son prácticamente incompetentes para la toma de decisiones sobre su cuerpo. Esta suposición, sin suficiente evidencia, pugna con la obligación de respeto con el otro, es decir, de considerarlo y tratarlo como un sujeto autónomo (Rueda y Mejía, 2015, p.111).

La autonomía es al mismo tiempo auto comprensión de la vida propia y de lo que se desea hacer con ella. Desde una óptica deontológica, no debería pensarse que existe una deshumanización, o que se vulnera la dignidad de la mujer, al considerar que esta se emplea o se usa para el propósito de otros. Las decisiones que no vulneran ni amenazan derechos de los demás, merecen ser

respetadas, en concordancia con el libre desarrollo de su personalidad (Rueda y Mejía, 2015, p.111).

En resumen, el objeto del contrato de gestación propuesto lo constituye una obligación de hacer, en este caso poner al servicio de otros una función biológica propia: la de la gestación, de manera que finalmente lo que se realiza es un comportamiento, al prestar un servicio para otro.

Es así que, la licitud de este se identificará con tres criterios de evaluación (Rueda y Mejía, 2015, p.120):

- La legalidad, que indica la conducta contractual no es contraria a las normas imperativas.
- La preeminencia del interés social, la cual señala que la conducta contractual no es contraria al orden público, trátase de orden político o del orden público económico.
- La moralidad, que indica la conducta contractual no es contraria a las buenas costumbres.

#### **2.2.4.5. La Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado**

##### **2.2.4.5.1. Colombia**

En Colombia la maternidad subrogada es una práctica extendida y existe un mercado en el que los centros de fertilidad son intermediarios y juegan un papel importante; ésta técnica no está criminalizada, tampoco prohibida y

sencillamente está operando con las reglas del mercado, además que tiene en la práctica un carácter oneroso; de este modo, no existe actualmente una regulación particular sobre el tema ni mucho menos sobre el contrato de maternidad subrogada.

No obstante, la Corte Constitucional ha establecido que la regulación y garantía de los derechos sexuales y reproductivos deben proteger especialmente a la mujer y además deben contribuir a la justicia social. La Corte desde la sentencia T-605 de 2007, indicó que “los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se toma como elemento clave en la construcción de equidad social”. (Rincón , 2012.p.6)

Dentro del marco jurídico Colombiano encontramos una jurisprudencia de gran importancia en nuestro tema, en la cual la Corte Constitucional resolvió en el año 2010 con la Sentencia T-968-2009, un caso en el que una mujer colombiana llamada Sarai (seudónimo dado por la Corte Constitucional para proteger el derecho a la intimidad de las personas involucradas en el caso), madre de una niña de cinco años y quien vivía en precarias condiciones económicas, accedió a que le realicen una fecundación in vitro con el óvulo

y esperma de una pareja residente en Estados Unidos y conformada por un colombiano (Salomón) y una dominicana (esposa). El director del Centro de Reproducción Asistida Fecundar fue quien los puso en contacto; sin embargo la implantación de la mórula no tuvo éxito.

Posterior a ello, Salomón inició una relación amorosa con Sarai, y tras algunas semanas le propuso que se realizara una fertilización in vitro con sus propios óvulos, ella accedió con la promesa de una buena posición económica, naciendo gemelos en el año 2006. Pero, fueron separados de la madre debido a que ésta no vivía en un medio adecuado que situaba en peligro la salud de los niños. De este modo, el padre requirió la custodia y permiso para la salida del país de los pequeños, el cual fue concedida por los siguientes argumentos:

- La madre incumplió con el contrato verbal de entregar a los gemelos.
- Las condiciones de vida de los gemelos al lado de su madre no eran las adecuadas.
- “Debido a las condiciones económicas de la madre y a la situación de subdesarrollo, inseguridad y pobreza que vive la ciudad de Cali, los niños con su padre van a tener el amor de una familia y van a contar con todas las oportunidades de vivir en un país desarrollado”.

- El padre tiene un mejor derecho porque fue él quien buscó la concepción de los gemelos.

Rodríguez & Martínez (2012, p.67) indican que dentro de ésta misma jurisprudencia, a pesar de que no se estableció una regulación al contrato de maternidad subrogada, sí señaló dos aspectos fundamentales:

- Primero, reconoció la validez de este tipo de contratos en Colombia al no existir norma expresa que los prohiba.
- Segundo, resaltó la necesidad de que haya una “regulación exhaustiva” y el establecimiento de una serie de requisitos o condiciones para la celebración del contrato.

Empero, este fallo es una muestra de la visión tradicional y acrítica de la situación que rodea los casos de la maternidad subrogada. Parte de considerar que la maternidad subrogada es un contrato civil como cualquier otro cuyo objeto es un inmueble o mueble; refuerza la condición de vulnerabilidad de la mujer por dos razones: i) la conciben como un simple medio para la procreación, y ii) dado que se trata de una mujer “pobre”, utiliza esta condición como argumento para negarle protección jurídica, justifican la idea de que los potenciales padres ricos, es decir los provenientes de países o sectores “desarrollados”, siempre tendrán mejor derecho sobre los padres de los países o sectores “pobres”.

Reproduciendo las actuales condiciones de inequidad social a las cuales se ha hecho referencia.

#### **2.2.4.5.2. México**

A nivel constitucional en México el derecho a la reproducción humana es reconocido como un derecho fundamental de la persona humana, así lo ubicamos en el artículo 4º de su constitución, el cual refiere que *“toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...”*.

De los 33 códigos civiles vigentes en los Estados Mexicanos solo dos permiten la Maternidad subrogada (Tabasco y Sinaloa), dos la prohíben (Coahuila de Zaragoza y Querétaro) y las demás no se pronuncia sobre el tema.

#### **2.2.4.5.3. Tabasco**

Álvarez (citado en Pulgarin y Correa, 2017) refiere que el estado de Tabasco fue el primero en permitir la Maternidad subrogada, a esta pueden acceder únicamente ciudadanos Mexicanos, cuando la madre contratante no tenga la capacidad para gestar, parejas heterosexuales legalmente casadas o que convivan de manera permanente como si lo fueran, también puede realizarse la gestación subrogada con carácter altruista.



La legislación de Tabasco muy aparte de que permite que el contrato sea de carácter gratuito u oneroso, maneja dos conceptos según los cuales establece premisas de manejo diferentes según cada caso en particular; estos están consagrados en su Código Civil:

El artículo 92° C.C respecto al deber de reconocer al hijo establece que *“(...) 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 mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.*

*Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar cono padre a otro que no sea el mismo marido,*

*excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare”.*

Asimismo, el artículo 347° C.C. precisa que: “(...) *cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste serpa considerado hijo legítimo de la mujer que contrató”.*

En ese sentido, podemos encontrar a la primera figura jurídica, es decir, la madre gestante sustituta es aquella mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, pero no el componente genético. Por su parte la madre subrogada es aquella mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso (Martínez, 2015, p.363).

#### **2.2.4.5.4. Sinaloa**

El estado de Sinaloa dentro de su Código Familiar del Estado define la maternidad subrogada en el artículo 283° refiriendo que: “*La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el*

*producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento (...)*”.

Además, dentro del mismo Código se indican ciertos requisitos para ser madre subrogada:

- Ser ciudadano mexicano.
- Poseer capacidad de goce y ejercicio.
- Tener entre veinticinco y treinta y cinco años de edad.
- Tener, al menos, un hijo consanguíneo sano.
- Contar con una buena salud psicosomática.
- Haber dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.
- No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna otra toxicomanía.
- Gozar de un entorno familiar estable, libre de violencia y una condición económica y social favorable para su adecuado desarrollo, lo cual se certificará mediante una visita domiciliaria practicada por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante.
- Acreditar, mediante dictamen médico, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días

previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.

- La mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios deberán realizarse todos los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados.

Por ser de especial relevancia, es preciso indicar que el Estado de Sinaloa reconoce en el artículo 284° las siguientes modalidades de maternidad subrogada:

- Subrogación total, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante.
- Subrogación parcial, que es la que se da cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante.
- Subrogación altruista, que opera cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita.
- Subrogación onerosa, se produce cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.

#### 2.2.4.5.5. Estados Unidos

La sociedad de los Estados Unidos, no ha sido ajena al fenómeno de la maternidad subrogada, así se han suscitado casos relacionados a contratos de subrogación materna tales como “Baby M.”, “Lowe vs. Broward County”, “Soos vs. Superior Court ex rel. County of Maricopa”, “Cassidy vs. Williams” en los cuales, los tribunales reconocieron la validez de dichos contratos.

Para Gugucheva (2010, Pg.4) de acuerdo con las estadísticas de la *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART), el número de bebés nacidos de madres subrogadas aumentó de manera sustancial en el período de 2004 a 2008, pasando de 738 a casi 1,400. Igualmente, el fenómeno de la maternidad subrogada ha impactado también en el campo judicial y legislativo del país norteamericano, escenarios en donde se ha discutido acerca de la validez de los contratos de maternidad subrogada. (Rodríguez & Martínez 2012. Pg. 65).

El contrato de maternidad subrogada ha sido definido como un acuerdo por medio del cual una mujer acepta quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para que luego, una vez que se produzca el nacimiento del bebé, lo entregue al donante del esperma y su esposa, renunciando para ello a los derechos que la ley le confiere sobre el recién nacido, y en contraprestación, por

regla general, al pago de una compensación, generalmente consistente en una suma de dinero. Esta definición ha sido adoptada por la legislación de algunos estados de la unión americana, como lo han sido el Estado de Luisiana y Michigan; así caracterizándose por Rodríguez & Martínez (2012, Pg.65-74), de la siguiente manera:

a) La regulación del contrato de maternidad subrogada se ha construido a partir de la ley y la jurisprudencia.

b) No existe una posición uniforme entre los estados de la unión americana frente a la validez jurídica de los contratos de maternidad subrogada. En efecto, mientras un grupo de estados rechaza de manera expresa y clara la celebración de estos contratos, tal como ocurre en los de Arizona, Indiana, Nueva York y el distrito de Columbia, otro grupo, por el contrario, le reconoce plena validez, aunque en algunos casos, siempre y cuando se cumpla con un procedimiento especial establecido por la ley. Entre los estados que han adoptado esta última postura se encuentran los de New Hampshire, Florida, Illinois, Utah y Virginia.

c) La noción de orden público es el criterio alrededor del cual gira el análisis de la validez jurídica del contrato de maternidad subrogada en aquellos estados de los EE.UU que lo consideran válido. La perspectiva de la jurisprudencia, se ha considerado que los contratos de

maternidad subrogada atentan contra el orden público por tres razones principales:

- Constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos;
- Tienen como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado, y;
- Atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana.

Estos argumentos no han sido aceptados de manera unánime. Por ejemplo, la Suprema Corte de California en el caso *Johnson v. Calvert* señaló que, aunque era razonable pensar que las mujeres de escasos recursos eran más propensas a celebrar contratos de maternidad subrogada, no existía prueba de que estos acuerdos explotaran a las mujeres pobres en mayor medida como consecuencia de su necesidad económica. Adicionalmente, la corte indicó que no existía evidencia que sustentara la posición de que los contratos de maternidad subrogada promovieran el tratamiento de los recién

nacidos como mercancías. Por otra parte, quienes defienden la validez de los contratos de maternidad subrogada, sostienen que estos no pueden ser invalidados, toda vez que la remuneración que se paga a la madre que presta su vientre para la gestación del feto, corresponde a una contraprestación por ese servicio, y no al del pago de un precio por la compra de un recién nacido. Por lo tanto, el contrato de maternidad subrogada no involucra la realización de un contrato de compraventa de un bebé, sino el de prestación de servicios.

La validez del contrato de maternidad subrogada se determina también a partir de las normas del derecho de familia. La norma sobre adopción se considera infringida, el cual no permite calificar como válido un contrato de maternidad subrogada, porque prohíbe el pago de una remuneración en una adopción de carácter privado. En efecto, se ha entendido que la remuneración que recibe la madre subrogada como consecuencia de la celebración del contrato es un pago que hace el padre biológico del recién nacido y su esposa para obtener la adopción del bebé, y no una remuneración a la madre subrogada por el servicio prestado.

Los contratos de maternidad subrogada, se aduce también que estos no pueden considerarse válidos toda vez que los sentimientos de la madre biológica hacia el feto pueden cambiar durante el período del embarazo. En apoyo de este



argumento, deben tomarse en cuenta las leyes de adopción que permiten un período de reflexión a la madre biológica para que, si así lo decide, pueda cambiar su opinión de entregar al niño y por tanto mantenerlo.

La jurisprudencia del estado de Massachusetts señaló que el consentimiento otorgado por la madre subrogada para renunciar a la custodia del recién nacido no era válido sino únicamente a partir del cuarto día transcurrido desde la fecha de nacimiento de este, término que resultaba de la aplicación analógica de las normas de adopción.

Las leyes que regulan la celebración de los contratos de maternidad subrogada buscan contrarrestar los efectos negativos derivados del contrato.

Rodríguez & Martínez (2012, Pg.75), señalan que algunos estados de la unión americana promulgaron leyes especiales dirigidas a regular de manera profunda el mencionado contrato. Aunque el contenido establecido por estas legislaciones estatales no es de carácter uniforme, de la lectura, estudio y análisis de las mismas es posible identificar elementos comunes, entre los cuales se destacan los siguientes:

a) *Debe existir una aprobación judicial del contrato.* La revisión judicial tiene como propósito que el juez verifique que el padre biológico y su esposa tienen la capacidad o

aptitud necesaria para adoptar, que las partes celebraron voluntariamente el contrato de subrogación y que entienden sus términos, naturaleza, significado y el efecto de su ejecución.

- b) *Las partes del contrato, necesariamente mayores de edad, deben otorgar su consentimiento por escrito autorizando la ejecución del procedimiento médico de inseminación.*
- c) *Solamente podrán tener la calidad de madres subrogadas aquellas mujeres que puedan demostrar documentalmente que ya han dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad.*
- d) *Es obligatoria la realización de una evaluación médica a la madre subrogada. Esta tiene como propósito no solo demostrar que la madre tiene la capacidad médica para someterse al procedimiento quirúrgico, sino también que tiene las condiciones fisiológicas para dar a luz, sin que ello implique un riesgo para su salud o la del recién nacido.*
- e) *Todas las partes del contrato deben someterse a una evaluación psicológica realizada por un psiquiatra, psicólogo, consejero pastoral, o trabajador social.*
- f) *La agencia gubernamental competente o una agencia de adopción autorizada debe realizar una visita al hogar de los contratantes. El propósito de esta visita es valorar la*

capacidad y disposición de las partes para proveer al recién nacido con comida, vestido, techo, cuidado médico y, en general, sus necesidades básicas.

g) *El contrato no puede establecer el pago de una compensación a favor de la madre subrogada. Si ello es así, el acuerdo se considerará nulo. Sin embargo, en caso de que la madre subrogada reciba una compensación, la cláusula de pago estará limitada a cubrir los gastos médicos relacionados con el embarazo, la elaboración de evaluaciones médicas y no médicas, la pérdida de los salarios de la madre cuando la ausencia del trabajo sea recomendada por escrito por un médico, la celebración de un contrato de seguro de salud, incapacidad y vida durante el término del embarazo y hasta seis semanas después, y los gastos legales razonables que se deriven del contrato.*

h) *El contrato de maternidad subrogada debe incluir además una manifestación de cada una de las partes, indicando que ellas han leído y entendido el contrato, que conocen y entienden sus derechos y responsabilidades y que fue celebrado de manera voluntaria y con pleno conocimiento de su contenido.*

i) *El acuerdo debe también contener una cláusula que exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido o que acepta la*

*obligación de custodia si ella decide mantener sus derechos sobre este.* Igualmente debe aparecer el de su esposo, en caso de que la madre se encuentre casada. En el caso del padre biológico y su esposa, estos deben manifestar su aceptación de las obligaciones de custodia sobre el recién nacido.

j) *La regulación norteamericana reconoce la posibilidad a la madre subrogada de manifestar su intención de mantener al recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento, excepto que circunstancias extraordinarias no le hayan permitido tomar una decisión, en cuyo caso el período será de una semana. Si la madre decide ejercer su derecho a mantener la custodia sobre el niño, deberá informar por escrito de su intención a las otras partes del contrato y al médico o al director del hospital.*

#### **2.2.4.5.6. Grecia**

La regulación de la Maternidad Subrogada en Grecia, surge a partir de una decisión de la Corte de Primera Instancia de Heracleión, en el que se decidió otorgar la adopción de unos mellizos nacidos mediante la técnica de subrogación materna a los comitentes, que eran los padres genéticos al haber aportado sus gametos.

A partir de esto, los jueces manifestaron la existencia del vacío legal y recomendaron que se legislara sobre la materia, es así que la maternidad subrogada se reguló con la Ley N° 3089/2002, que reformó el Código Civil, y la Ley 3305/2005, sobre Reproducción Médica Asistida.

Si bien se permite la maternidad subrogada, ésta debe de cumplir con una serie de requisitos para que se pueda considerar válida, y de este modo la autoridad judicial emitirá una resolución que autorice el acuerdo de subrogación materna; sin embargo, previo a la resolución judicial existen una serie de exigencias que se han de cumplir y demostrar, de lo contrario, no se autorizará judicialmente la gestación. Tales requisitos son:

- La comitente debe probar que ella es incapaz de llevar a cabo el embarazo.
- La gestante debe probar ante el tribunal que está sana tanto mental como físicamente.
- La comitente no debe exceder de la edad de 50 años.
- Las partes deben presentar su acuerdo ante el tribunal por escrito.
- Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento.
- En el acuerdo se puede permitir la compensación de los gastos (en ningún caso más dinero, recordemos que en

Grecia solo se admiten los acuerdos de subrogación gratuitos).

- La gestante no puede aportar su material genético (no puede aportar sus óvulos)
- La gestante y los comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Esto evidentemente es para evitar el “turismo reproductivo”.

La legislación griega en un principio consideraba que solo mujeres podían iniciar un proceso de autorización judicial para suscripción de acuerdo de maternidad subrogada, entonces se consideraba que un hombre soltero no podía iniciar tal proceso, considerando en ocasiones dicha posición como discriminatoria e inconstitucional. Es por ello que frente a dos casos ocurridos en los años 2008 y 2009 los jueces autorizaron los acuerdos de maternidad subrogada sobre el derecho a procrear y del derecho a la igualdad por razones de género.

Es pertinente resaltar que en Grecia cuando el tribunal competente ha emitido su autorización para la suscripción del acuerdo de subrogación materna y ya se realizó la implantación del embrión, no se permite cambiar de decisión a ninguno de los intervinientes en la gestación. Asimismo, la madre gestante está obligada a tener al niño, si bien siempre conserva su derecho a abortar en los términos y condiciones previstos en las leyes penales griegas, y los padres futuros o

intencionales se han de hacer cargo del menor cuando nazca según lo dispuesto en los artículos 1510 y siguientes del Código Civil Griego.

#### **2.2.4.5.7. Reino Unido**

El Reino Unido es otro país europeo que permite los acuerdos de maternidad subrogada, así en el 2008 reguló las técnicas de reproducción humana asistida mediante la Ley de Embriología y Fertilización Humana, en la cual se especifican los requisitos y exigencias que deberán de cumplir los futuros comitentes para que estos acuerdos sean considerados válidos.

Las leyes de este país prohíben los acuerdos comerciales, es por ello que están totalmente prohibido los acuerdos de maternidad subrogada que no sean gratuitos, así como las organizaciones comerciales con fines de lucro, que ayuden a los padres intencionales a ponerse en contacto con posibles madres de alquiler a cambio de dinero.

En el caso de Reino Unido, su sistema no brinda inicialmente ningún derecho a los padres comitentes sobre el niño, dado que la filiación no se transmite a los comitentes con el nacimiento, sino que se hace posteriormente. Así una vez que ha nacido el niño y transcurridas 6 semanas, que se dan a la madre gestante para que “reflexione”, los comitentes solicitan ante el juez una *parental order*, que es el proceso

judicial mediante el cual el juez otorga la filiación inicialmente establecida con respecto a la gestante a los comitentes. Es por ello que en estos casos se dan dos actas:

- La primera que es el acta de nacimiento donde el niño aparece como hijo de la madre gestante y del marido de ésta, y
- La segunda acta que transfiere la filiación a los comitentes que se realizará si la gestante da su consentimiento.

No obstante, aunque su sistema reconoce la maternidad subrogada se presentaron algunos casos que colocaban en una situación de indefensión a los menores, así destacamos un caso ocurrido en el año 2012, en el cual una pareja británica se inscribió en un programa de maternidad por sustitución en Ucrania, y tras la suscripción de un acuerdo de subrogación materna y gracias a una donadora de óvulo, de identidad desconocida, lograron tener gemelos que eran hijos biológicos del hombre de la pareja, nacieron en Ucrania.

El problema surgió por una confrontación normativa, dado que las leyes ucranianas consideraban como los padres legales de los gemelos a la pareja inglesa, sin embargo las leyes inglesas consideraban a la madre subrogada y a su esposo como padres de los gemelos. Los niños nacieron, por lo tanto, sin padres y por extensión, sin patria.



Finalmente, a través de una prueba de ADN se pudo demostrar que el padre intencional era el padre biológico de los menores y gracias a ello se les dio permiso a los niños para entrar en el Reino Unido.

#### **2.2.4.5.8. India**

La India es uno de los escenarios más populares en la actualidad que realiza la práctica de la maternidad subrogada, calculándose que tiene al menos 200.000 clínicas privadas que ofrecen servicios de esta modalidad. En razón a la popularidad adquirida por el País Hindú se le ha venido atribuyendo nombres como: “la capital mundial de la gestación subrogada”, “la fábrica de bebés”, “turismo de la procreación”, entre otros (Wallis citado por Cadavid & Barrera, 2017, Pg.8).

En la India el proceso de producción biotecnológica en la gestación subrogada se puede dividir en 3 etapas: 1. El acopio de los gametos, 2. La producción del embrión in vitro y 3. La implantación, gestación y parto. En cada etapa hay éticas y políticas que operan mediante la agencia de: la ciencia, la Ley, las leyes del mercado, la cultura y los imaginarios sobre el parentesco (Amador, 2011, Pg.42).

El Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR), creado por el Ministerio de Salud de la India, para formular directrices para la supervisión de Clínicas de Reproducción

Asistida en la India (Cadavid & Barrera, 2017, Pg.9), cumpliendo con su tarea, emitió documentos que se conocen con el nombre de Directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las ART Clínicas en la India (National Guidelines for Accreditation, Supervision & Regulation of ART Clinics in India) que dispone todo lo relacionado al contrato; y directrices éticas para la investigación biomédica en los participantes humanos (Ethical Guidelines for Biomedical Research on Human Participants) dispone los lineamientos éticos que deben tenerse en cuenta en esta práctica. Estas directrices deben ser consideradas por todas las clínicas que llevan a la práctica la maternidad subrogada en el país Indio (Cadavid & Barrera, 2017, Pg.9).

Cabe resaltar que desde el año 2008 la maternidad subrogada en la India se consideró completamente legal, después de que la Corte suprema de ese país emitiera sentencia favorable en el popular *Caso Manji*, que trata de un bebé que nació como producto de la maternidad subrogada, cuando India no era tan famosa en este campo y no tenía directrices en el tema; los esposos contratantes se divorciaron tiempo después de que el bebé fuera concebido producto de un óvulo donado. Después de nacer, su madre sustituta no quería hacerse cargo de él e incluso en el registro médico no aparecía el nombre de ella; tampoco se tenía conocimiento del nombre de quién donó el óvulo, y quien sería su madre legal ya no

estaba interesada puesto que se había divorciado de su pareja. El padre quería llevar al pequeño a su país natal, pero empezó a surgir una serie de inconvenientes, pues el bebé no tenía una nacionalidad definida y el padre tendría que empezar un proceso para que se le otorgara la custodia y el permiso para sacar al bebé del País. Allí, entra la Corte Suprema de la India a pronunciarse en el caso, diciendo que el procedimiento de la maternidad subrogada en ese país debía considerarse legal y el padre del bebé podría llevárselo a su país, puesto que todo el procedimiento realizado era permitido dentro de su ordenamiento (Cadavid & Barrera, 2017, Pg.10).

Cadavid & Barrera (2017, Pg.11) señalan que las *directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de la maternidad subrogada en la India del ICMR*; consisten en:

- *La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro del temario contractual.* Las partes en el contrato son: La pareja, la clínica y la madre que alquila su vientre, en el caso de que los óvulos sean de una donante también entraría ésta como parte del contrato. De igual manera la madre que alquilará su vientre debe realizarse una serie de exámenes para verificar que no tenga enfermedades infecciosas o que puedan ser

nocivas para el bebé que será gestado, pues debe tener unas condiciones de salud que sean favorables para la implantación del gameto y su posterior desarrollo hasta el nacimiento, además no podrá interrumpir el embarazo en ningún momento (salvo por condiciones de salud); la mujer no debe tener más de 45 años de edad y un aspecto muy importante es que su vientre no puede ser alquilado más de tres veces en toda su vida y antes del primer alquiler ya debe haber tenido por lo menos un parto. Con el cumplimiento de las anteriores condiciones por parte de la madre que alquilará su vientre la misma podrá ser parte del contrato.

- *El bebé que nacerá* (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar.

- *Finalmente, existe el precio, que consiste en la cantidad de dinero que deberán pagar los padres del bebé que nacerá.*

Dentro de dicho precio se incluye la cantidad de dinero necesaria para realizar todo el procedimiento de la gestación, desde la producción del gameto, su implantación y todos los cuidados y revisiones necesarias para que el embarazo sea exitoso; se incluye el costo de los exámenes que se le realizará a la madre genética, padre genético y a la madre que alquilará su vientre; se incluye el costo de la prueba de ADN que se le realiza al bebé cuando ha nacido para demostrar la

paternidad de los padres contratantes y finalmente incluye la cantidad de dinero que se le pagará a la madre sustituta por alquilar su vientre. En cuanto al precio, se destaca que en la India realizarse el procedimiento de la maternidad subrogada sale muy económico, está muy por debajo de otros países que realizan la práctica, y es esta una de las razones más importantes por la cual gran cantidad de personas de diferentes partes del mundo deciden ir a éste País a realizarse dicho procedimiento.

De acuerdo a Amador (2011, Pg.49) las mujeres entre 21 a 30 años, sin antecedentes de enfermedades de transmisión sexual, no fumadoras o consumidoras de alcohol y/o drogas, particularmente este último aspecto es el que más llama la atención a las parejas contratantes, porque les garantiza la seguridad del bebe durante la gestación, otro criterio es que la mujer subrogante debe haber tenido por lo menos un hijo (a) y contar con el consentimiento del esposo.

Por otra parte, el Gobierno de la India también se ha preocupado por regular el tema de los *extranjeros que entran a su País a contratar servicios de maternidad subrogada*; para ello se emitió en 2013 por parte del Ministerio de interior unas directrices relativas a los extranjeros que tengan intención de visitar la India para alquiler de vientres “Regarding Surrogacy

issues involving Foreigners” (Ministerio del Interior, India, 2012). En esta directriz se disponen aspectos como:

- El extranjero que ingresa para realizar el procedimiento de la maternidad subrogada debe pedir una visa médica para ingresar al país
- La pareja debía estar casada y no se reconocía el matrimonio Gay.
- Tener carta de la embajada donde se exprese que el País de origen de los extranjeros reconoce la subrogación y se admite el ingreso a dicho País de los niños producto de maternidad subrogada.
- Producir acuerdo ante notario entre padres contratantes y madre sustituta.
- Para regresar a su País de origen los extranjeros requieren autorización de salida, demostrando su paternidad o la custodia del menor producido por la clínica.

De acuerdo con la ley india en subrogación, desde antes de nacer el feto hereda la ciudadanía de los padres biológicos. La identidad, la ciudadanía y el lugar socialmente asignado para el feto subrogado dependen de la filiación genotípica que otorgan los gametos fecundados, así como de la continuidad del ADN que ha proveído la pareja que alquila el vientre (Amador, 2011, Pg.42).

#### **2.2.4.5.9. Canadá**

No legisla la maternidad subrogada pero la admite en gran medida; es así que, el Informe de la Comisión de Reforma de Derecho de Ontario permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulará los contratos que suscriben de ellos, y formuló 32 recomendaciones sobre éste tema, así que las cuales la que más resaltamos es la recomendación n° 49, la cual dice: *“Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que este sea entregado a los padres sociales”*.

#### **2.2.4.5.10. Brasil**

No existe una legislación específica al respecto, sin embargo el Consejo Federal de Medicina mediante la Resolución CFM N° 1.358/92 estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo

grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica (Sebastián, 2003. Pag.91-108).

#### **2.2.4.5.11. Argentina**

En Argentina la maternidad subrogada, no cuenta con una legislación expresa sobre el tema, sin embargo, es entendida como una práctica legal y legítima, la cual cuenta con numerosos fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales que la respaldan (Rojas, 2015, citado por Cadavid & Barrera, 2017, Pg.15).

Actualmente existen dos casos por medio de los cuales se ha logrado tener jurisprudencia y según estos poder obtener una guía para el manejo del tema y tanto en el fallo de 2013 como en el de 2015, se concedió la patria potestad a los padres biológicos - contratantes, entendiéndose que estos son quienes tienen la iniciativa y la voluntad de procrear, a diferencia de la madre sustituta quien simplemente se compromete a llevar a



término un embarazo con la condición de entregar el niño una vez este nazca.

En ese sentido, las sentencias se realizan dando prioridad al bienestar del menor y dejando de lado el concepto que indica que “se entenderá por madre aquella que dé a luz” tal como señala en su Art. 242 del Código Civil Argentino, así valorando fundamentalmente la voluntad del matrimonio de convertirse en padres.

#### **2.2.4.5.12. España**

A través de la Ley N° 35/1988 de 22 de noviembre de 1988 sobre técnicas de reproducción asistida España es considerada como el primer país europeo en emitir una ley que regula la inseminación artificial y la fecundación in vitro; así la ley española acepta la inseminación artificial postmortem, si bien deberá realizarse en los 6 meses siguientes al fallecimiento del marido o compañero, siempre que éste lo haya consentido previamente en escritura pública o testamento, a fin de reconocer la filiación legal al niño que nacerá.

España se encuentra dentro de los pocos países que regula la maternidad subrogada, pero no la permite, por lo contrario considera nulo todo contrato de subrogación; quedando para ellos la maternidad determinada por el parto,

así es precisado en la recomendación 115, 116 y 117 del Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana.

#### **2.2.4.6. Maternidad Subrogada y Los Derechos Humanos**

##### **2.2.4.6.1. Con el Derecho a la dignidad**

Uno de los maravillosos regalos que posee la humanidad es la posibilidad de transmitir vida humana, en ese sentido, tener la posibilidad de gozar de descendencia constituye la legitimidad de recurrir a la técnica de fertilidad.

La dignidad es una forma de autoconciencia y de control de la propia personalidad que permite al ser humano comprender la responsabilidad con respeto a sí mismo y la sociedad, y a esta última reconocer en la práctica los derechos de la personalidad y formular exigencias hacia ella (Del Águila, 2009, p.109).

De este modo, la esterilidad en cualquiera de sus manifestaciones y niveles se refleja como un componente de frustración que incide en el desarrollo normal de la vida de las personas, es por ello que, es dable observar que ante la infertilidad se juegan valores que desde el juicio ético debemos cuidar, con la finalidad de orientar el obrar técnico como complemento necesario para los casos en que la reproducción

solo puede ser asistida en el marco del absoluto respeto a uno de los pilares más preciados del ser humano: la dignidad.

Del Águila (2009, p.110) señala que una ley que regula las técnicas de fertilización es necesaria para todos los profesionales de la medicina que dedican su saber a la ardua tarea de la fertilización humana, para las personas que padecen patologías o irregularidades psicofísicas en materia de fertilidad y para la sociedad, que en pro del reconocimiento de los beneficios de la aplicación de las técnicas de reproducción, afrontando esta realidad que es parte de nuestro sentir solidario y responsable, que garantiza el bienestar como una de las metas que conducen a la tutela integral de la dignidad humana, en el marco del bien ser que la salud reproductiva representa.

Asimismo, señala también que la mayoría de las legislaciones ninguno admite la fertilización heteróloga. Es realmente preocupante la magnitud de las limitaciones y restricciones que restringen el alcance de las técnicas de reproducción asistida, los proyectos solo apoyan a un mínimo de la población infértil, quedando la mayoría en un estado de desamparo, de frustración al derecho de reproducción y de desprotección a su dignidad como ser humano.

#### **2.2.4.6.2. Como Derecho a la autodeterminación**

Además de ser un derecho la procreación, es una expresión de la libertad personal, entendido éste último también como un derecho; ya que se tiene la elección reproductiva, que asegura la decisión autónoma del sujeto de procrear o no, en la que se suman otros aspectos, como el acceso a tratamientos contra la infertilidad, el control de la calidad de la descendencia, la planificación familiar, entre otros.

El respeto a este derecho supone que la persona pueda tomar sus propias decisiones familiares, sin que haya injerencia alguna del Estado o terceros.

#### **2.2.4.6.3. Con el Derecho a la procreación**

El derecho a procrear involucra dos cuestiones: la primera, cuya existencia se entiende como un derecho individual, especialmente para la mujer; y la segunda, es que la maternidad subrogada se usa como un recurso admisible de participación en la procreación.

Morán (2005, p.161-162) en cuanto a la procreación humana considera lo siguiente:

*“La procreación entendida como hecho natural y humano no sólo permite la perpetuación de la especie. Esta inclinación natural puede frustrarse cuando uno o ambos*

*miembros de la pareja carecen de la capacidad natural de procrear, situación que puede acarrear problemas personales de tipo psicológico o desavenencias en las relaciones de pareja.*

*El desarrollo de las técnicas de procreación artificial ha permitido que estas personas puedan llegar a convertirse en progenitores o padres sociales mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas. De igual forma y en época reciente, también se utilizan estas técnicas con el fin de disminuir o evitar el riesgo de transmisión de enfermedades genéticas hereditarias, o como medio para satisfacer el ideal de paternidad o maternidad de aquellas personas que no comparten ni desean compartir su vida con una pareja”.*

De este modo, existen defensores que sostienen que dentro del derecho a procrear se encuentra inmersa la fecundación natural y a la reproducción artificial ya que no existen diferencias fundamentales entre una y otra forma de procreación que justifiquen una diversa consideración legal. Ambos modos de procrear suponen la generación de los hijos, la constitución y el mantenimiento de una familia, por lo mismo, negar el acceso a las técnicas de reproducción asistida, sería establecer una forma de discriminación no amparada por los textos internacionales (Robertson, 2001, p.39).

Comprendido de ese modo, el derecho a procrear estaría conformado por los siguientes elementos o aspectos (Packer citado por Morán, 2005, p.168.):

- El derecho a fundar una familia.
- El derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos.
- El derecho a acceder a la información y educación sobre la planificación familiar.
- El derecho a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad. Incluida la fecundación artificial.

Por otro lado, hay otra postura que afirma que la tutela del derecho a la procreación se limita ante la capacidad natural de la persona, puesto que el vocablo procrear hace referencia a que la persona conciba un hijo con sus propios gametos, por medio del acto sexual. Este acto en sí excluye la posibilidad de la injerencia de una persona ajena a la pareja, de manera que si se concibe un niño con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el niño será hijo de este hombre o mujer y no de quien simplemente quiso un hijo; por lo tanto, para los defensores de esta postura no existe un derecho a procrear con técnicas de procreación artificial.

Aunque la Corte Suprema de Estados Unidos no se ha pronunciado expresamente sobre el derecho a la reproducción

*(right to reproduce)*, éste se ha desarrollado bastante en los últimos años, considerándose desligado del factor biológico y la unión sexual, dando lugar a una corriente doctrinal relevante que protege e impulsa la existencia de un nuevo concepto de los vínculos paternales que se fundamentan en el afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual admite explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada, esto es de los padres intencionales.

Por su parte, el ordenamiento español tiene una arista interpretativa del derecho a la procreación o reproducción totalmente distinta a la estadounidense, puesto que aun que se llega a una respuesta afirmativa, la doctrina no reconoce la existencia de tal derecho, fundamentando su afirmación en la naturaleza propia de la procreación.

#### **2.2.4.6.4. Con el Derecho a la reproducción**

El reconocimiento del derecho a la reproducción como parte del derecho a la salud, es posible de interpretarlo desde una doble perspectiva. En primer lugar, puede entenderse como una obligación que el Estado tiene de brindar todos los medios necesarios para lograr la procreación a través de técnicas de reproducción humana asistida; y por otro lado, desde un enfoque pasivo podemos deducir que se trata de la limitación estatal que no le permite interferir en las decisiones

más íntimas y personales de las personas, tal como ocurre cuando una persona soltera, conviviente o casada decide procrear hijos.

Éste derecho incluido dentro del derecho a la salud, y por ende entendido como salud reproductiva, es definido por el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo como *“la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables, incluyendo también el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”*.

Sin embargo, así como tenemos derechos, éstos están sujetos a ciertos límites; por ende, el derecho a la reproducción humana no puede ser ejercido de manera ilimitada sino que debe tener un fin social, y que se constituya en sí mismo como un valor constitucionalmente reconocido, pudiendo limitarse para el amparo de otro derecho o libertad constitucionalmente protegida.

De este modo, Vidal (Citado por Moro, 1988, p.123) considera que: *“el derecho a la procreación no tiene carácter absoluto e ilimitado, sino que, como a todo derecho, le es correlativo un deber”*.



Por tanto, el libre acceso a las técnicas de fecundación artificial no puede ser absoluto, por cuanto la persona que tiene la voluntad de procrear, debe medir las consecuencias derivadas de tener un hijo. Puesto que, como menciona Vega (Citado por Moro, 1988, p.190): *“Las restricciones que se imponen a los sujetos titulares del derecho a procrear están conformadas por las necesidades de los hijos nacidos y futuros, y en las obligaciones de los padres frente a la comunidad”*.

Teniendo en cuenta ello, no podemos hablar de una libertad reproductiva completa sino de una responsable, ya que ante todo, el respeto de la dignidad humana del concebido frente a los padres y la sociedad está primero.

En la acción de procrear están involucradas varias personas, es por ello que el legislador debe proteger la dignidad y los derechos de cada una de ellas, lo que conlleva a que ninguna persona quede sometida a otra para hacer efectivo su derecho a procrear.

Este nuevo derecho a favor de la mujer infértil se enmarca dentro de los derechos reproductivos que, si bien no están estipulados de manera expresa en la Constitución, se puede colegir que en el Perú sí están reconocidos, debido a que en nuestra Carta Magna deja una puerta abierta para aquellos nuevos derechos que estén vinculados con la dignidad de la

persona humana. En efecto, todo derecho reproductivo está basado en principios y como el acceso a la técnica de maternidad subrogada es un derecho reproductivo más presenta los mismos principios que todo derecho de esta categoría, constituyendo así su contenido esencial (Núñez, 2014, p.96).

Los derechos reproductivos se fundamentan en tres principios: el principio de no discriminación, el principio de autonomía de la voluntad y el principio de igualdad. En este ámbito destacamos la relevancia que presenta el principio de no discriminación. De ahí que se colige que el nuevo derecho de maternidad subrogada goza de este principio, es decir, como señala Cecilia Anicama, el principio de no discriminación debe ser entendido como “toda distinción, exclusión o restricción basada en menoscabar el ejercicio de los derechos de la mujer”. En la misma línea, para Leticia Kabusacki, “la falta de autonomía reproductiva pone en riesgo la salud y vida de la mujer; también, cercena directamente su libertad personal para controlar sus propios proyectos” (Núñez, 2014, p.97).

En este sentido, a la mujer infértil no puede privársele de este nuevo derecho y de sus derechos reproductivos, es decir, no puede restringírsele la voluntad de tener descendencia. La mujer infértil no puede ser separada o

excluida de este derecho, porque, simplemente, vulnera el principio de no discriminación que lo constituye. La mujer infértil está en plena capacidad de poder disfrutar y ejercer este derecho de acceso a la maternidad subrogada y demás derechos reproductivos. Ahora bien, los principios de igualdad, de no discriminación y de autonomía de la voluntad constituyen elementos esenciales de los derechos reproductivos, como sostiene el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En consecuencia, a estos principios le corresponden al derecho de acceso a la maternidad subrogada (Núñez, 2014, p.97).

Cabe mencionar, que respecto a los destinatarios de los derechos reproductivos, que también se adecúa a la técnica de maternidad subrogada existe una pequeña controversia. Yolanda Gómez explica que el derecho a la reproducción humana tiene carácter general. Entonces, se puede aplicar el método de maternidad subrogada, ya como derecho reproductivo, en mujeres casadas o solteras. De ahí se deduce que esta técnica, sin ningún impedimento, debe ser usada por la mujer infértil, ya que estaría actuando de acuerdo al nuevo derecho que se ha constituido. En otras palabras, “puede fundar libre y responsablemente su propia familia, aun en el caso de no poder acreditar la existencia de una pareja estable”. Sin embargo, Fernando Pantaleón “niega que la mujer sola

tenga un derecho reproductivo que le permita traer al mundo a un niño sin padre” (Núñez, 2014, p.97).

Sobre el particular no compartimos esta última opinión, debido a que la mujer infértil, siguiendo los principios de este nuevo derecho, tiene derecho a utilizar la técnica de maternidad subrogada sin condición alguna.

Entonces, una vez que se ha determinado que, para la mujer infértil, el acceso a la maternidad subrogada constituye un derecho reproductivo nos preguntamos por qué en el Perú, la legislación prohíbe dicha técnica. La respuesta es la siguiente: Sólo se ha analizado este problema desde un enfoque del negocio jurídico y el legislador no se ha dado cuenta que hay un buen porcentaje de mujeres infértiles en nuestro país que también tienen derechos. He ahí la relevancia de nuestra investigación. ¿Por qué excluirla? si todo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos opta porque la mujer pueda desarrollarse, a través de técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada es una de ellas (Núñez, 2014, p.97).

#### **2.2.4.6.5. Titulares de la reproducción**

El derecho a la procreación es considerado un derecho de titularidad individual que requiere de la concurrencia de otro sujeto. No obstante, con los avances de la ciencia y en

específico de la criopreservación, existen bancos de gametos que permiten que aquellas personas que no tengan parejas o deseen vivir solas puedan procrear sin conocimiento ni consentimiento del otro sujeto, quien brinda sus gametos; por lo que basta solo con la concurrencia de la voluntad de aquel que ejerce su derecho, siendo no sólo es un derecho a procrear sino también a procrearse.

Para Morán (2005, p.188), quien se encuentra dentro de la oposición de la práctica de las TERAS y la Maternidad Subrogada, opina que:

*“El derecho a la reproducción supone la participación voluntaria, biológica y/o genética en la paternidad y maternidad que no puede realizarse recurriendo a otros sujetos. Por tanto, no se puede invocar la existencia de un derecho a la fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada como parte del derecho a la procreación”.*

En ese mismo sentido, Hegnauer (Citado por Morán, 2005, p.208) dice:

*“Si la realidad demuestra que la fecundación sólo se puede realizar a través de las relaciones entre un hombre y una mujer, entonces, el derecho a procrear no puede ser considerado como un derecho de ejercicio individual pero sí*

*de la pareja. La efectividad del derecho está condicionada a la concurrencia de otra voluntad y a la aportación de otro gameto para llevar a cabo la fecundación”.*

No obstante, la firme posición que tienen en contra de las Técnicas de Reproducción Asistida y la Maternidad Subrogada, no podemos ser ajenos a los avances científicos y transformaciones sociales que ha conllevado a la apreciación del derecho a la procreación, no sólo como un derecho de titularidad individual de voluntades consentidas, sino que dentro de dicho significado, ubicamos también el hecho de que ya no resulta fundamental el ejercicio mancomunado ni el aporte genético de la pareja, sino que puede ser un derecho de titularidad individual absoluta, por tanto, la existencia de un derecho individual a procrear incluso a través de donantes o la subrogación materna, puede consagrarse con un derecho a ser padres reconocidos legalmente, porque se considera como un derecho a procrearse.

#### **2.2.4.6.6. Con el Derecho a la Salud**

Roca I Trías (1988, p.28) fundamenta el derecho a la reproducción como una de las manifestaciones del derecho a la salud. En opinión de esta autora, indica lo siguiente: *“La esterilidad y la ausencia de hijos, y la posibilidad de transmitir enfermedades genéticas constituyen patologías de*

*tipo físico y psicológico que pueden ser tratadas mediante las técnicas de fecundación artificial”.*

Sin embargo, algunos consideran cuestionable el encuadrar el derecho a la procreación dentro del derecho a la salud, ya que ni la esterilidad ni la falta de hijos afectan la integridad psicosomática o la salud de la persona, ni la fecundación artificial constituye una terapia en sentido estricto. Así Charlesworti (1996, p.78) indica: *“mal se puede invocar el derecho a la protección de la salud cuando en la mayoría de los casos la fecundación artificial no se realiza en cabeza de las personas enfermas o incapaces de procrear sino en las personas sanas y recurriendo a terceros como donantes de gametos o a una madre subrogada”.*

#### **2.2.4.6.7. Con el Interés Superior del Niño**

En la S.T.C. N° 02132-2008-AA/TC, el Tribunal Constitucional declaró que era implícito el deber especial de protección del menor el principio de protección del interés superior de los niños. Dicho principio se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278, cuyo artículo 3° establece:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que atenderá será el interés superior del niño.*

*Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.*

El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública. Y exige de cualquiera una actuación “garantista”, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos.

El principio del interés superior del niño ha sido recogido en el artículo 3º de la Convención de los Derechos del Niño y esta Convención, como todo tratado sobre derechos humanos, es derecho directamente aplicable (art. 55



de la Constitución) en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que si en un caso concreto los jueces observaran su colisión o antinomia con una norma jurídica de producción interna, como la ley o una norma con rango de ley, estos tienen el poder-deber de inaplicarla en aplicación del control de convencionalidad. Y, de otro, de conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dicha Convención sobre los Derechos del Niño constituye parámetro interpretativo de todos los derechos constitucionales de los menores.

Dentro del principio de Interés Superior del Niño se debe tener en cuenta: la voluntad pro-creacional para tener hijos, el ejercicio de los cuidados y atributos propios de una auténtica madre, la mejor posición para ser considerada madre del niño.

Alex Plácido (2015, p.190) señala que el interés superior del niño: *“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos,*

*sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”.*

Es preciso indicar que, resulta un mandato imperante que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho así previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradas veces en sus sentencias (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA) que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los 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.”.

En relación al nombre, en la S.T.C. N° 4509-2011-AA, el Tribunal indica que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una

*trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico”, en ese mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (nota 204, párrafo 184) ha afirmado que “El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia”.*

#### **2.2.4.6.8. Con el Derecho a una familia**

El derecho a fundar una familia permite proteger los intereses que tienen todas las personas en la vida familiar, incluyendo su derecho a tener y educar hijos.

Así la declaración universal de los derechos humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas del 10/12/1948) en su Art. 16º, párrafo primero consigna: *“Los hombres y mujeres, a partir de la edad útil, tiene derecho sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia (...)”.*

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23º, establece que: *“Se reconoce el derecho del hombre y*

*de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si se tiene edad para ello (...)*”.

Para Romeo (1994, p.119-125) un sector de la doctrina afirma la existencia de diversos formatos de familia, todos ellos se consideran admisibles mientras no produzcan un daño obvio y directo a los intereses de las partes involucradas en la procreación, natural o artificial.

Colocándonos en el caso de que uno de los miembros de la pareja no puede procrear o es infértil, puede invocar su derecho a la reproducción cuando carece de tal capacidad natural, además de alegar su derecho e interés en constituir una familia. De igual manera, si ambos miembros de la pareja son estériles y recurren a gametos o a un embrión donado o a una madre subrogada, no están ejerciendo su derecho a la reproducción pero sí demuestran su interés en mantener una vida de familia.

Es preciso indicar que, las Técnicas de Reproducción Asistida constituyen mecanismos que contribuyan al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir si bien no están prohibidas en nuestra legislación, su aplicación solo es posible cuando tuvieran como finalidad la formación de una familia, de lo contrario estaríamos abriendo la peligrosa posibilidad a la reproducción de seres humanos para diversos propósitos, lo cual involucraría hacer del hombre una

herramienta al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, lo cual se contrapondría al artículo 1° de nuestra Constitución, la cual consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

El concepto de familia ha evolucionado inevitablemente debido a los contextos sociales actuales, presentándose estructuras familiares distintas a la tradicional que merecen un reconocimiento y protección, dado que constituye una garantía constitucional del ser humano. Es así que, el Tribunal Constitucional en el fundamento 10 de la STC 6572-2006-AA señala que *“la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente”*. Asimismo, el Comité de Derechos Humanos en la observación General N° 19 (1990) señaló que *“El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos”*.

### **2.3. Definiciones conceptuales**

**a) Autorización informada.** Es la garantía de que un sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la técnica de reproducción, comprendiendo la información que se le ha dado, acerca del objetivo, beneficios, posibles riesgos, sus derechos y responsabilidades.

- b) Concebido.** Es el ser humano antes de nacer que pese a que depende de la madre para su subsistencia, esta genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de deberes y derechos que lo favorecen.
- c) Contrato.** Es un acuerdo de voluntades que se manifiesta en común entre dos o más personas (físicas o jurídicas). Sus cláusulas regulan las relaciones entre los firmantes en una determinada materia.
- d) Filiación.** Es la relación jurídica que se establece entre padres e hijos y de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones
- e) Maternidad Subrogada.** Técnica de reproducción humana asistida mediante la cual una mujer provee material genético y el gestante para la reproducción.
- f) Reproducción Asistida.** Es un conjunto de técnicas y tratamientos médicos que facilitan el embarazo cuando éste no se consigue de forma natural debido a problemas del sistema reproductivo.
- g) Turismo reproductivo.** Es el desplazamiento de las personas a un país diferente al de su lugar de residencia para recibir un tratamiento de reproducción asistida.

## **2.4. Formulación de la Hipótesis**

### **2.4.1. Hipótesis General**

H.G. Las implicancias jurídicas en los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú año 2017 están referidas a la determinación de la filiación del concebido.

#### **2.4.2. Hipótesis Específicas**

H.E.1. El derecho de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano no está reconocido, por tanto es incierto su identificación.

H.E.2. El criterio para determinar la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana es el interés superior del niño.

## **CAPÍTULO III: METODOLOGÍA**

### **3.1. Diseño Metodológico**

#### **3.1.1. Tipo**

La investigación es de tipo no experimental, de corte jurídico social, partirá de observar un aspecto de la realidad, describiendo la misma con apoyo del estado de la cuestión, es de nivel descriptivo puro.

Advertimos al jurado evaluador que la formulación de hipótesis que hemos presentado responde al cumplimiento del protocolo establecido en esta Universidad, pese a que a la exigencia metodológica consensuada en la literatura especializada sostiene que no es indispensable su formulación en este nivel, que más bien las hipótesis son el resultado de lo investigado. Ello en tanto y en cuanto nos proponemos describir las *“Implicancias jurídicas de la Maternidad Subrogada en el Perú...”*

#### **3.1.2. Enfoque**

Proponemos abordar el tema con un enfoque Cualitativo por cuanto abordaremos la doctrina desde la perspectiva jurídica. Utilizaremos el método analítico que descompondrá el objeto de investigación en sus partes integrantes y analizarlos. Ejemplo, se analizará la naturaleza de las partes intervinientes en los acuerdos de maternidad subrogada; los elementos esenciales del “contrato”, siempre desde el marco jurídico universal de los Derechos Humanos. Integraremos los elementos o nexos esenciales del problema con el objetivo de fijar sus cualidades. Allí, utilizaremos el método Inductivo para generalizar las



implicancias jurídicas que plantea nuestra Legislación Civil derivadas de las Técnicas Procreación Humana Asistida. Igualmente mediante el método de la Deducción se procurara sugerir algún marco normativo de ser necesario.

## **3.2. Población y Muestra**

### **3.2.1. Población**

Leptowski (2008) citado por Hernández Sampieri (2014) afirma que “...una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones”. (p.174). La población materia de estudio se circunscribe a las unidades de observación siguientes: Las diversas teorías de los Derechos Humanos; los diversos tipos de maternidad subrogada; y Jurisprudencia peruana sobre filiación en casos de maternidad subrogada.

### **3.2.2. Muestra**

Siendo muy escasa o excepcional la jurisprudencia nacional pero significativo sobre la materia a analizar se ha decido tomarla toda como muestra para el análisis, eso nos garantizará identificar el criterio jurisdiccional a la fecha para resolver dichos conflictos entre las partes participantes de la maternidad subrogada. Son las siguientes:

- a) Casación N° 563-2011, Lima
- b) Casación N° 4323-2010- Lima Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. Lima

### 3.3. Operacionalización de Variables e indicadores

<b>Objetivo General de Investigación:</b> Identificar el sistema de atribución de la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de los derechos humanos.						
VARIABLES	DEFINICION CONCEPTUAL	DEFINICION OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ÍTEM	TÉCNICAS
<b>La maternidad subrogada</b>	Técnica medica de asistencia a la maternidad para mujeres que no pueden gestar.	Maternidad de mujer no obstante el bebé que alumbró genéticamente no le pertenece sino a determinadas personas que le encargaron la gestación y alumbramiento.	<p>Mujer gestante sin vínculo genético con el bebé que lleva en su vientre.</p> <p>Mujer gestante solo ha aportado su óvulo pero el espermatozoide es de un donante.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Nivel de frecuencia.</li> <li>- Regulación Normativa.</li> </ul>	- ¿De acuerdo a la experiencia y normativa nacional que determina la filiación?	Análisis Síntesis
<b>Sistema de determinación de la filiación entre las personas</b>	Sistema jurídico que determina dentro de un Estado el vínculo filial entre ascendientes y descendientes.	La filiación entre padres e hijos.	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Filiación consanguínea.</li> <li>- Filiación en el matrimonio.</li> <li>- Filiación por adopción.</li> <li>- Filiación por afinidad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Finalidad Altruista.</li> <li>- Finalidad Económica.</li> </ul>	- ¿Cuáles son los criterios de filiación que utiliza el Estado Peruano?	Métodos de interpretación jurídica

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

#### **3.4.1. Técnicas a emplear**

En la recopilación de datos se utilizarán los medios técnicos adecuados que permitan captar la real dimensión de la problemática planteada; razón por la cual entre las técnicas de recopilación de datos tenemos:

- a) Análisis doctrinal.
- b) Análisis bibliográfico.
- c) Estudio de casos

#### **3.4.2. Descripción de los instrumentos**

El instrumento a emplear en la presente investigación es el acopio bibliográfico.

El acopio bibliográfico se efectuó mediante fichas y otros instrumentos que permitieron analizar la información referida al tema de estudio, siendo aplicable en todas las fases de la investigación. Las fuentes bibliográficas han sido obtenidas de las bibliotecas especializadas de las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, de las universidades locales y nacionales, páginas web y de la biblioteca personal de los autores.

### **3.5. Técnicas para el procesamiento de la información**

El procesamiento de datos se realizará teniendo en cuenta: método del tanteo; el que se utiliza principalmente para muestras sencillas y poco complejas; en esta investigación se toma en cuenta un reducido número de personas, procediendo al balance de datos sin contratiempos.

## CAPÍTULO IV: RESULTADOS

### 4.1. CUADRO COMPARATIVO DE LA REGULACIÓN Y FILIACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA CON OTROS PAÍSES

PAISES	REGULACIÓN	PERMISIBILIDAD	CARACTER	PUNTOS RELEVANTES EN SU REGULACIÓN	RESPECTO A LA FILIACIÓN
<b>COLOMBIA</b>	No existe regulación vigente.	No está criminalizada ni prohibida. La jurisprudencia colombiana a través de la Corte Constitucional en la sentencia T-605-2007, indicó que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos.	<b>Oneroso</b>	-Se reconoce la validez de este tipo de contratos a través de la jurisprudencia. - considera que la maternidad subrogada es un contrato civil como cualquier otro. -La maternidad subrogada es un medio de procreación.	La Corte Constitucional resolvió en el año 2010 con la Sentencia T-968-2009, respecto a los derechos de los comitentes sobre el menor, producto de la maternidad subrogada, en base a la mejor estabilidad económica que ellos ostentaban y mejores oportunidades de desarrollo del menor.
<b>MEXICO</b>	-La maternidad subrogada es permitida en Tabasco y Sinaloa; y prohibida en Zaragoza y Querétaro. A nivel constitucional es reconocida como un derecho humano.	En Tabasco, pueden acceder <b>solo mexicanos</b> , se realiza la maternidad subrogada en algunos casos con carácter altruista. Regula la maternidad subrogada a través de su Código Civil, por ejemplo, en el Art. 92° regula respecto al deber de reconocer al hijo por	<b>Oneroso y gratuito</b>	Requisitos para ser madre subrogada: -Ser ciudadano mexicano. -Poseer capacidad de goce y de ejercicio. -Tener entre 25 y 30 años. -Tener, al menos, un hijo consanguíneo sano. Contar con una buena salud psicosomática. -Haber dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre. -Acreditar, mediante dictamen médico, que no estuvo	Por ser de especial relevancia, es preciso indicar que el Estado de Sinaloa reconoce en el artículo 284° la siguiente modalidad de maternidad subrogada respecto a la filiación: -Subrogación total, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la

		<p>parte de los comitentes.</p> <p>-En <b>Sinaloa</b>, se regula la maternidad subrogada a través de su Código Familiar, por ejemplo, en el Art. 283° define la maternidad subrogada.</p>		<p>embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento.</p> <p>-La mujer gestante, el padre y la madre subrogatorios deberán realizarse todos los estudios que establezca la Secretaría de Salud y que garanticen la salud de los implicados.</p>	<p>gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante.</p>
<p><b>ESTADOS UNIDOS</b></p>	<p>La regulación del contrato de maternidad subrogada se ha construido a partir de la ley y la jurisprudencia.</p>	<p>Algunos de sus estados han reconocido la validez de la maternidad subrogada, tales como Massachusetts, New Hampshire, Florida, Illinois, Utah y Virginia.</p> <p>La jurisprudencia en Massachusetts, en el caso Rodríguez &amp; Martínez (2012, Pg. 75) ha establecido algunas reglas básicas y principios en el desarrollo de la maternidad subrogada.</p>	<p><b>Gratuito</b></p>	<p>-Debe existir una aprobación judicial del contrato.</p> <p>-Las partes del contrato, necesariamente mayores de edad,</p> <p>-Solamente podrán tener la calidad de madres subrogadas aquellas mujeres que puedan demostrar documentalmente que ya han dado a luz anteriormente,</p> <p>-Es obligatoria la realización de una evaluación médica a la madre subrogada.</p> <p>-Todas las partes del contrato deben someterse a una evaluación psicológica</p> <p>-La agencia gubernamental competente o una agencia de adopción autorizada debe realizar una visita al hogar de los contratantes.</p> <p>-El contrato no puede establecer el pago de una compensación a</p>	<p>El acuerdo debe también contener una cláusula que exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido o que acepta la obligación de custodia si ella decide mantener sus derechos sobre este.</p> <p>La regulación norteamericana reconoce la posibilidad a la madre subrogada de manifestar su intención de mantener al recién nacido dentro de las 72 horas siguientes al nacimiento.</p>

				<p>favor de la madre subrogada.</p> <p>-El contrato de maternidad subrogada debe incluir además una manifestación de cada una de las partes,</p>	
<b>GRECIA</b>	<p>Regulado por la Ley N° 3089-2002, que reformó el Código Civil y la Ley 3305-2005.</p>	<p>Está permitido</p>	<b>Gratuito</b>	<p>-La comitente debe probar que ella es incapaz de llevar a cabo el embarazo.</p> <p>-La gestante debe probar ante el tribunal que está sana tanto mental como físicamente.</p> <p>-La comitente no debe exceder de la edad de 50 años.</p> <p>-Las partes deben presentar su acuerdo ante el tribunal por escrito.</p> <p>-Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento.</p> <p>-En el acuerdo se puede permitir la compensación de los gastos (en ningún caso más dinero, recordemos que en Grecia solo se admiten los acuerdos de subrogación gratuitos).</p> <p>-La gestante no puede aportar su material genético (no puede aportar sus óvulos)</p> <p>-La gestante y los comitentes han de ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Esto evidentemente es para evitar el “turismo reproductivo”.</p>	<p>En Grecia cuando el tribunal competente ha emitido su autorización para la suscripción del acuerdo de subrogación materna y ya se realizó la implantación del embrión, no se permite cambiar de decisión a ninguno de los intervinientes en la gestación. Asimismo, la madre gestante está obligada a tener al niño, si bien siempre conserva su derecho a abortar en los términos y condiciones previstos en las leyes penales griegas, y los padres futuros o intencionales se han de hacer cargo del menor cuando nazca según lo dispuesto en los artículos 1510 y siguientes del Código Civil Griego.</p>
<b>REYNO UNIDO</b>	<p>Regula mediante la Ley de</p>	<p>Está permitido</p>	<b>Gratuito</b>	<p>Los comitentes, posterior al nacimiento del niño, transcurridos</p>	<p>Respecto a la filiación del menor, esta se adquiere,</p>

	Embriología y Fertilización Humana.			seis semanas, recién adquieren derechos sobre este.	por parte de los comitentes, a través de la adopción.
<b>INDIA</b>	El Consejo Indio de Investigación Médica (ICMR), creado por el Ministerio de Salud de la India, se ha encargado de establecer directrices para el desarrollo de la maternidad subrogada.	Está permitido	<b>Oneroso</b>	<p>Cadavid y Barrera (2017, Pg.11) señalan que las directrices nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de la maternidad subrogada en la India del ICMR; consisten en:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-La existencia inicial de un consentimiento informado, en el cual las partes de manera voluntaria aceptan los términos que se encuentran establecidos dentro del temario contractual.</li> <li>-El bebé que nacerá (desde que es feto hasta su nacimiento) es considerado por decirlo de alguna manera, el producto que se va a negociar.</li> <li>-Finalmente, existe el precio, que consiste en la cantidad de dinero que deberán pagar los padres del bebé que nacerá.</li> </ul>	<p>-Respecto a la filiación, se puede interpretar que una vez que nazca el menor producto de la maternidad subrogada, éste formara parte de la familia de los comitentes.</p> <p>- Asimismo cabe resaltar que, es el único país que se ha preocupado en regular el tema de los extranjeros que entran a su país a contratar servicios de maternidad subrogada; para ello ha emitido en el 2013, por parte del Ministerio del Interior algunas directrices relativas a los extranjeros que realizan este tipo de acuerdos en la India.</p>
<b>CANADA</b>	No legisla la maternidad subrogada.	Está permitido	<b>No se especifica</b>	La Comisión de Reforma de Derecho Ontario, formuló 32 recomendaciones sobre la maternidad subrogada.	Respecto a la filiación, una de las 32 recomendaciones, regula lo siguiente: “Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a



					entregar al niño, el tribunal ordenará que este sea entregado a los padres sociales”.
<b>BRASIL</b>	No existe legislación.	Está permitido	<b>Gratuito</b>	-El Consejo Federal de Medicina mediante Resolución CFM N° 1.358/92 estableció en su sección VII regula la maternidad subrogada. -Se prohíbe el carácter lucrativo. -Solo se da cuando exista un problema médico.	Consideraciones para la filiación: -La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica. -Debe estar expresamente autorizado por el Consejo Regional de Medicina.
<b>ARGENTINA</b>	No cuenta con legislación.	Está permitido	<b>No se especifica</b>	La jurisprudencia argentina se ha encargado de regular y establecer principios a estos acuerdos.	Según la jurisprudencia argentina, se concedió la patria potestad a los padres biológicos - contratantes, entendiéndose que estos son quienes tienen la iniciativa y la voluntad de procrear, a diferencia de la madre sustituta quien simplemente se compromete a llevar a término un embarazo con la condición de entregar el niño una vez este nazca. En ese sentido, las sentencias se realizan dando prioridad al bienestar del menor
<b>ESPAÑA</b>	Es uno de los primeros países europeos en admitir dentro de su legislación la inseminación artificial y la fecundación in vitro, pero no permite la maternidad subrogada.				

## 4.2. INTERPRETACIÓN:

- ***Artículo 7° de la Ley General de Salud y los Acuerdos de Maternidad Subrogada.***

Realizando una interpretación limitativa del artículo 7° de la Ley General de salud el cual preceptúa lo siguiente: "*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*", podríamos decir que la maternidad subrogada se encuentra prohibida en el Perú.

Sin embargo, podemos interpretar dicho apartado legal como que solo permite el uso de las técnicas de reproducción asistida para aquellos casos en la que el material genético de la madre coincida con su estado gestante, mas no regula otros supuestos, por ende éste artículo ni ninguna otra norma jurídica nacional prohíbe ni pone limitaciones a otros supuestos . De este modo, cualquier persona puede hacer ejercicio de sus derechos reproductivos y contratar a una madre subrogada.

- ***La filiación y el Principio del Interés Superior del Niño, dentro de los Acuerdos de Maternidad Subrogada.***

La filiación está íntimamente relacionada al derecho a la familia, al derecho a la identidad y al derecho de desarrollo de la libre personalidad de los menores, que en este caso, relacionado a los Acuerdos de Maternidad subrogada, resulta de suma de importancia que el menor producto del acuerdo tenga claramente determinada su identidad, pudiéndose establecer la filiación por dos factores, el primero el genético, en caso los padres comitentes compartan o no material genético con el menor, y segundo por la voluntad de procrear, criar y cuidar de él, que de carecer de éste último componente, se podría poner en peligro el Principio del Interés Superior del Niño, puesto que el uso de ésta técnica debe tener como único y más importante fin la formación de una familia, resultando como garantía de protección al principio antes indicado, ya que el menor crecerá y se desenvolverá dentro de un hogar cuyos padres cumplen una función autentica en su condición de tales, cumpliendo con darle las adecuadas condiciones de vida que merece.

• ***Acuerdo de Maternidad Subrogada contrato o acuerdo privado.***

En nuestra realidad y legislación, los acuerdos de maternidad subrogada se dan bajo la modalidad de acuerdos privados, ya que no hay normativa alguna que la reconozca ni prohíba como figura jurídica y mucho menos como contrato, por tanto es considerado un acto totalmente válido.

## **CAPÍTULO V: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y**

### **RECOMENDACIONES**

#### **5. 1.Discusión**

Habiendo realizado un minucioso estudio sobre las implicancias jurídicas de los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú – Año 2017; asimismo, habiendo comparado las distintas posturas que tiene la doctrina, habiendo interpretado la jurisprudencia y revisado el derecho comparado, corresponde determinar si el enunciado proposicional planteado en las hipótesis es verdadero o falso.

Hipótesis General. HG: “Las implicancias jurídicas en los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú Año 2017 están referidas a la determinación de la filiación del concebido”.

VI (X) = “Los Acuerdos de Maternidad Subrogada”.

VD (Y) = “La filiación del concebido”.

De la investigación realizada, podemos deducir que los Acuerdos de maternidad subrogada en el Perú al año 2017 generan las siguientes implicancias jurídicas:

- Vulneración de la identidad, dignidad y derecho a una familia del concebido producto del acuerdo de maternidad subrogada.
- Vulneración del derecho a procrear, reproducirse, a formar una familia, a la salud y a la autodeterminación personal de aquellos que se ven impedidos de procrear naturalmente.

- Vulneración en ciertos casos del principio del Interés Superior del Niño.
- Ausencia de consideración del Acuerdo de Maternidad subrogada como un contrato.
- Falta de determinación del carácter oneroso o gratuidad del acuerdo de maternidad subrogada.
- Ausencia de normatividad en cuanto a requisitos como capacidad y autonomía de la voluntad de los padres comitentes y la madre subrogante, y el procedimiento de la transferencia de los derechos paternos.

Por tales consideraciones, se ha ubicado la necesidad de positivizar los acuerdos de maternidad subrogada encontrando su justificación en la cantidad creciente de parejas infértiles y estériles en el Perú y la ausencia de protección jurídica de la filiación del concebido y nacido producto de ésta técnica, hallando a la hipótesis general como válida.

Hipótesis específica 1. HE1: El derecho de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano no está reconocido, por tanto es incierto su identificación.

De la investigación efectuada, podemos afirmar que los acuerdos de maternidad subrogada se rigen bajo la libre autodeterminación de las partes, no habiendo parámetros normativos ni derechos reconocidos al momento de su celebración, conllevando al incumplimiento y desconocimiento de los mismos, lo cual genera un estado de indefensión para todas las partes intervinientes en él.

Ante ello, se tiene que la Hipótesis Específica 1 es válida.

Hipótesis específica 2. HE2: El criterio para determinar la filiación de los concebidos y nacidos de un Acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana es el interés superior del niño.

De la investigación realizada podemos establecer que al no existir una norma expresa existe un vacío legal respecto a la determinación de filiación del menor, en consecuencia su derecho a la identidad se ve vulnerado, y así se ha denotado en los casos que se han presentado a las Cortes de Justicia de nuestro país.

En ese sentido, el criterio de los operadores jurídicos, al evaluar que los recién nacidos tienen derecho a formar parte de un seno familiar que lo haya deseado y que lo quiera, ha sido que la filiación se determine en función del Interés superior del niño.

Ante ello, se tiene que la Hipótesis Específica 2 es válida.

## **5. 2. Conclusiones**

**a.** El Acuerdo de maternidad subrogada es el pacto celebrado entre dos partes, en el cual participa por un lado los padres comitentes, quienes son la pareja interesada en concebir a un menor y al no poder tenerlo a través de un proceso natural contratan el servicio de una mujer que prestará su útero para que puedan fecundar sus gametos y desarrollarse por nueve meses en él; y, de la otra parte encontramos a la madre subrogante, quien es la persona que llevará a cabo el proceso de gestación de manera onerosa o gratuita, y al nacimiento del menor renunciará a todos los derechos de maternidad y filiación, teniendo como obligación la entrega del menor a los padres comitentes.

**b.** La maternidad subrogada no está regulada de manera expresa en el ordenamiento jurídico peruano y tampoco se encuentra prohibida; por un lado, la Ley General de Salud establece que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento de fertilidad, pero con la condición de que la madre genética y la madre gestante sea la misma mujer, siendo esta norma endeble, puesto que no prohíbe expresamente la maternidad subrogada, como sí lo hace en el caso de la clonación; asimismo, el Código Penal como ningún otro apartado legal sancionan este tipo de técnicas de reproducción asistida, creciendo la necesidad de su regulación toda vez que la maternidad subrogada se encuentra inmersa dentro de nuestra constitución como es en el derecho a la paternidad responsable, el derecho a una familia, el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la reproducción; y más bien la jurisprudencia convencional si la reconoce como un modo legítimo de ejercer los derechos a la salud reproductiva, y autodeterminación personal.

**c.** Dentro de los Acuerdos de Maternidad Subrogada el derecho a la protección de la salud es fundamental, dado que en ella se encuentra inmersa la salud sexual y la salud reproductiva, y aunque no son lo mismo, ya que la primera hace alusión a la relación entre la sexualidad y el estado de bienestar físico, emocional, mental y social, mientras que la segunda, se refiere a la capacidad de reproducirse informada y responsablemente, ambas son de suma importancia, puesto que tenemos a los padres comitentes que tienen derecho, en pro de su salud y a formar una familia, a acceder a los métodos de reproducción cuando se ven impedidos de procrear naturalmente, así como se debe procurar el cuidado de la gestante, brindándole la información adecuada, dejando en claro lo que conlleva a éste procedimiento, para una toma de decisión informada, en salvaguarda al derecho a la autodeterminación y procreación.

**d.** La no regulación de la maternidad subrogada vulnera el derecho a la identidad del concebido y/o recién nacido producto de esta técnica de reproducción asistida, pese a ser un derecho fundamental protegida por nuestra constitución, ya que no existe una norma que regule el cumplimiento las obligaciones que de ella se generan, como es el caso de la determinación de la identidad del menor y en consecuencia el derecho a la identidad y la filiación, al no poderse establecer la relación de parentesco entre padres e hijos. Siendo uno de los efectos de esta implicancia de los acuerdos de la maternidad subrogada la vulneración del derecho a tener una familia. La jurisprudencia nacional confirma esta afirmación, ya que para resolver casos frente a este tipo de incertidumbres ha tenido que apelar al principio del interés superior del niño.

**e.** El derecho a fundar una familia, está íntimamente ligado al derecho a procrear, debido a que una pareja no se constituirá como tal, si faltan los hijos, es por ello que éste derecho se encuentra protegido por los niveles internacionales como parte de los derechos humanos.

**f.** Dado que la práctica de ésta técnica es cada vez más recurrente en nuestra sociedad, y su aplicación ha quedado fuera de los límites normativos quedando supeditado el accionar de las partes intervinientes en éste procedimiento a la ética personal, creemos importante resaltar que más allá del valor económico y la realización de las parejas como familia, el resultado y finalidad del acuerdo es una persona, a la cual no podemos tratar como una mercancía, siendo de mucha importancia sobrevalorar y anteponer el Interés Superior del Niño ante el interés privado y hasta del orden público, y protegiendo la dignidad, identidad, vida privada y familiar de éstos niños a través del reconocimiento y filiación.



**g.** En cuanto a la consideración del Acuerdo de Maternidad Subrogada como un contrato, hemos concluido que, la maternidad subrogada es un contrato innominado, por las siguientes características que posee: Respecto a las partes, de un lado, una pareja comitente deseosa de tener hijos, y de otra parte, una mujer que acepta llevar a cabo el embarazo a cuenta y riesgo de la pareja comitente; respecto a la capacidad de las partes, deben tener capacidad de goce y de ejercicio además de ciertos requisitos adicionales supletorias de la figura de la adopción; respecto al consentimiento, debe darse de manera voluntaria y libre, debiendo ser declarado por escrito, con el fin de que no existan ambigüedades y por último respecto al fin lícito, no hay norma expresa que prohíbe la maternidad subrogada, y cuyas motivaciones que indujeron a los contratantes son meramente humanitarias; respecto al objeto física y jurídicamente posible, el objeto del negocio jurídico, no sería el embrión o feto, tampoco el útero, su objeto lo constituiría la fuerza biológica de gestación de una mujer, es decir, la función biológica de gestación.

**h.** Al no encontrarse regulada la Maternidad Subrogada, y regirse los acuerdos de ésta tan solo por la autonomía privada de los sujetos intervinientes, genera una sensación de inseguridad jurídica para todos ellos, dado que en primer lugar tenemos a los padres comitentes que pueden ser estafados por las agencias intermediarias o también se le imposibilite reconocer al menor, así también está la mujer gestante que puede ser obligada bajo amenazas o abusos a alquilar su vientre, corriendo el riesgo de quedarse con el menor si los padres comitentes no quieren reconocerlo; esa misma preocupación se tiene por los menores producto de éste procedimiento, ya que pueden ser objeto de fines maquiavélicos como abuso o tráfico de menores, por ultimo encontramos a los profesionales de la salud que ejecutan ésta técnica, siendo necesaria su regulación para denominarlo como un mecanismo

responsable, a fin de garantizar el bienestar de los sujetos y tutelar íntegramente su dignidad como humanos.

### **5. 3.Recomendación**

a) Se recomienda a los legisladores la regulación de la Maternidad Subrogada a través de la incorporación de un apartado especial en el libro de Familia de nuestro Código Civil o una ley que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, asimismo y por ende los Acuerdos de Maternidad Subrogada se normativicen como un contrato innominado, por cuanto en el intervienen el derecho a la reproducción y el derecho a formar una familia, el derecho fundamental a la identidad, al nombre y protección del principio de interés superior del niño; debiendo de tener en consideración ciertos criterios de la adopción regulada por nuestro Código Civil vigente y el Código de los Niño y Adolescentes tanto para la filiación y la capacidad de las partes intervinientes. Asimismo, deben considerarse los siguientes criterios a nuestro entender:

✓ Se verifique la capacidad de las partes notarialmente, así como la manifestación de su voluntad y que entiendan sus términos, naturaleza, significado y el efecto de su ejecución, ello incluye a la madre subrogante, a fin de que el acto jurídico se encuentre ausente de vicios que puedan transformarlo en un acto pasible de nulidad, no debe de haber error, dolo, intimidación o violencia en la voluntad.

✓ El consentimiento informado de las partes (padres comitentes y madre subrogante) debe ser por escrito autorizando la ejecución del procedimiento médico de inseminación.

✓ Madre subrogante solo puede ser aquella que acredite documentalmente que ya ha dado a luz anteriormente, así como deberá hacerse una evaluación médica y psicológica previa al contrato.

✓ Ambas partes deben ser evaluadas psicológicamente y psicosocialmente.

✓ El Acuerdo de Maternidad Subrogada debe contener una cláusula donde cada una de las partes manifiesten que han leído y entendido el contrato, que conocen y entienden sus derechos y responsabilidades y que fue celebrado de manera voluntaria y con pleno conocimiento de su contenido.

**b)** Se recomienda a los legisladores que una vez celebrado el contrato, se asiente éste como una inscripción registral ante la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP, a fin de que se establezca una presunción y legalidad de los hechos inscritos, a fin de que no sólo sea un medio para constatar su existencia sino también, sea un mecanismo para acceder a los derechos y obligaciones que conlleva la filiación.

Se recomienda a los legisladores la determinación de un procedimiento para el establecimiento de la relación filial que se efectúa mediante la inscripción ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, pudiendo ser mediante la subrogación o por reconocimiento de parentesco voluntario.

## **CAPÍTULO V: FUENTES DE INFORMACIÓN**

### **5.1. Fuentes Bibliográficas**

Amador, M. F. (2011). “Sobre Biopolíticas y Biotecnologías: Maternidad subrogada en India”, Revista Nomadías.

Bejarano, M. S. (1984) “Obligaciones Civiles”, ed. 3. México.

Brena, I. S. (1995). “Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, XXVIII.

Cadavid K. P. & Barrera, A. C. (2017). “Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema”. Colombia.

Carcaba, A. F. (1995). “Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación”. España.

Castillo, M. F. (2015). “Decreto Legislativo N° 295 – Código Civil”, décimo sexta edición oficial. Lima.

Charlesworti, M. (1996). “La bioética en una sociedad liberal”. Traducción de Diez de Santos, Madrid.

Chiapero, S. (2012). “Maternidad subrogada. Esterilidad. Derecho a la procreación. Nuevas técnicas. Protección del embrión extracorpóreo. Filiación. El contrato de gestión por otro. Efectos de la nulidad”, Argentina: Astrea.

- Corral, H. T. (2013). “Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero”, en Cristián Lepin Molina (coord.), Técnicas de reproducción humana asistida. Desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria, Chile, AbeledoPerrot-Thomson Reuters.
- Cumpiano, F. A. (1995). “¿Bebés a la orden? Consideraciones ético jurídicas de la maternidad subrogada”, en Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Puerto Rico.
- De Coulanges, F. (1994). La ciudad antigua, 9 ed., México.
- Del Águila, F. T. (2009). “Maternidad Subrogada y sus efectos jurídicos: Nueva Perspectiva en el Derecho de Familia”, Universidad San Martín de Porres, Perú.
- Gómez, E. P. (1951). “Introducción a la Antropología Social y Cultural”, Royal Anthropological Institute.
- Gugucheva, M., Surrogacy in America, Council for Responsible Genetics (2010) citado por Camilo A. Rodríguez Yong y Karol Ximena Martínez Muñoz, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense” (2012) Chile.
- Gutiérrez, G. (1998). “Bioderecho”, Buenos Aires.
- Guzmán, A. A. (2001) “Inseminación Artificial y Fecundación In Vitro Humanas, un nuevo modelo de filiación”. Veracruz: Universidad Veracruzana. México.

- Hernández, A. R. & Santiago, J. F. (2011). “Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal”, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, XLIV.
- Isla, A. G. & Aznar, A. D. “Filiación Mediante Técnicas De Reproducción Asistida”.
- Lema, C. A. (1999). “Reproducción, poder y derecho. Ensayos filosófico-jurídicos sobre las técnicas de reproducción asistida”. Madrid, España.
- Loyarte, D. & Rotonda, A. (1995). “Procreación humana artificial; un desafío bioético”. Buenos Aires.
- Martínez, V. M. (2015). “Maternidad Subrogada una Mirada a su regulación en México”. Vol.24 Núm. 2. Colombia.
- Montes, V. P. (1988). “El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana”, II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX; problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Trivium. Madrid.
- Morán de Vicenzi, C. (2005). “El concepto de filiación en la fecundación artificial”. Universidad de Piura y Ara Editores, Colección jurídica, Perú.
- Moro, M. A. (1988) “Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in Vitro”. Colección, Librería Bosch, Barcelona, España.
- Ortiz, R. S. (2007). “Gestación subrogada”, en Revista Jurídica de Puerto Rico, Puerto Rico.

- Plácido, A. (2015). “Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Lima: Instituto Pacífico”.
- Rincón, X. C. (2012). “¿Bioética y derecho para qué y para quienes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia”. Derecho PUCP N<sup>o</sup> 69.
- Robertson, J. (2001) “Children of Choice: Freedom and the new reproductive Technologies”, New Jersey: Princeton University Press.
- Romeo, C. C. (1994). “El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana”. Madrid.
- Rueda & Mejía. (2015). “La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre”.
- Varsi, E. R. (2013). “Derecho Genético”. Quinta Edición. Lima: Editora Grijley
- Vidal, J. M. (1988). “Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del derecho civil español”. Madrid.
- Vidal, M. (1994). “Bioética, estudios de bioética racional”, Tecnos, Madrid.
- Wallis (2013) citado por Cadavid Pulgarin, K. y Barrera Correa, A. (2017) en “Maternidad subrogada en el sistema jurídico Colombiano y principales aportes internacionales al tema”. Colombia.
- Zaldívar, J. C. (2016). “Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013”, Universidad Católica de Santa María.

## 5.2. Fuentes Hemerográficas

- Balcázar, g. G. & jesús, j. V. (2014). “Hacia un nuevo tipo de filiación por reproducción medicamente asistida en la legislación peruana”. Universidad Nacional De Trujillo.
- Camacho E. & Faura L. (2006). “Canal español destapa red de vientres de alquiler”. *La República*. Lima.
- Carbajal, R. (2014). “Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina” Universidad de San Andrés -Argentina.
- Díaz, J. P. (2014). “Se incrementan casos de infertilidad en el Perú”. *La República*. Lima.
- Flores, E. C. (2014). “Las implicancias positivas de la maternidad subrogada, fundamentos para su regulación como medio alternativo a la adopción”. Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo.
- Santander, C. A. (2012). “El Contrato de Maternidad Subrogada o de Alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del Derecho a procrear o atentado a la Dignidad?”. Universidad Alberto Hurtado - Chile.
- Villamarín, C. Z. (2014). “La maternidad subrogada en el Perú: ¿Problema o solución?”. Tesis para optar el título profesional de Abogado. Universidad Católica De Santa María.
- Zaldívar, C. J. (2013). “Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada, Arequipa 2013”. Universidad Católica De Santa María.



### 5.3. Fuentes documentales

Casación N° 563-2011-Lima.

Código Civil (1984). Sexta Edición. Lima: Editorial Jurista Editores E.I.R.L.

Constitución griega de fecha 1975, modificada el 27 de Mayo de 2008.

Constitución Política del Perú (1993). Sexta Edición. Lima: Editorial APECC. Ley  
General de Salud

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Corte de primera instancia de Heracleion n° 31/1999.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Ley 3089/2002. Grecia.

Ley de Embriología y Fertilización Humana de Reino Unido.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

Pacto Internacional de Derechos Económicas, Sociales y Culturales (1966)

Protocolo de San Salvador” (1988)

Sentencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Quinto Juzgado Especializado en lo  
Constitucional en el Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.

Sentencia del Caso Atavia Murillo contra Costa Rica

Sentencia del caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00065-2008-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 02132-2008-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 09332-2006-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4509-2011-AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 4972-2006-AA/TC.

Sentencia T-968-2009.

#### **5.4. Fuentes Electrónicas**

Banda, A. (1998). Dignidad de la persona humana y reproducción humana asistida. En Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile, Volumen 9, N° 1. Disponible en: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-)

Carbajal, R. Tesis: “Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una mirada extensiva a países de América Latina” Disponible en: <http://www.udesa.edu.ar/>

Consulta 15. (Octubre de 2011). Disponible en: <http://universomedico.com.mx/articulos-y-reportajes/infertilidad/>

Lara, F. P. (1986). Código de Hammurabi, Madrid, Editora Nacional. Disponible en: <http://ebookbit.com/book?k=Codigo+De+Hammurabi&isbn=9788430944187&charset=utf-8&lang=es&source=firebaseapp.com#pdf>

Observación General N° 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990). Disponible en: <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html>

Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: [https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html](https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html)

Paz, P. M. (2015). “Maternidad Subrogada: Eficacia en España de las Certificaciones Extranjeras”. Universitat de Girona. Disponible en: [http://m.dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11825/Paz\\_Martin.pdf?sequence=1](http://m.dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/11825/Paz_Martin.pdf?sequence=1)

Roa-Meggo, Y. (2012). La Infertilidad como problema de salud pública en el Perú. Rev. Perú. Ginecol. Obstet. V. 58 N. 2. Lima. Disponible en: [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S23041322012000200003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?pid=S23041322012000200003&script=sci_arttext)

Roca I, E. T. (1988). “La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”. Revista de derecho de la Universidad de Valencia N° 01. España. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=579497>

Rodríguez, C. Y. & Martínez, K. M. (2012). “El Contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”. Revista de Derecho. Vol. XXV N° 2. Chile. Disponible en: <http://mingaonline.uach.cl/pdf/revider/v25n2/art03.pdf>

Ruiz, M. B. & Valdés, M. M. (2017). Dilemas sobre la Maternidad Subrogada en México.

Oñati Socio-legal. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2924551>

Santander, A. Tesis: “El Contrato de Maternidad Subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio

legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Disponible en:

<http://www.uahurtado.cl/biblioteca/>

Sebastián, J. E. (2003). “Contribución jurídica en la legislación sobre Fertilización

Humana asistida”. En Revista Bioética y Ética Médica Vol. 11 – nº 2. Brasil.

Disponible

en:

[http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/182/186](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/182/186)

## **ANEXOS**

## MATRIZ DE CONSISTENCIA: Implicancias Jurídicas de los Acuerdos de Maternidad Subrogada en el Perú. Año 2017

SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLES	DISEÑO METODOLÓGICO
<p>Según la Estadística del Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida hasta el año 2013, se presentaron en el Perú 4,927 registros de niños nacidos bajo la modalidad de maternidad subrogada, pudiendo llegar a costar un procedimiento aproximadamente \$ 4000 dólares, sin contabilizar los gastos adicionales.</p> <p>En nuestro país, la maternidad subrogada no se encuentra regulada por ningún apartado legal, obviando el hecho de que en nuestra realidad existen personas que viéndose imposibilitadas de concebir un hijo de manera natural o simplemente por no atravesar todos los cambios que implica el embarazo, buscan clínicas o “empresas” que ofrecen sus servicios para la concepción de un niño en el vientre de un tercero, lo que algunos llaman vientre de alquiler o maternidad subrogada, siendo en unos casos con sus propios gametos o en otros casos donados; debiéndose de tener en cuenta que dicha subrogación demanda la suscripción de un acuerdo que implica la renuncia de todos los derechos sobre el recién nacido, siendo la filiación del menor un punto trascendental dentro de los Acuerdos de Maternidad subrogada, pudiendo ser altruista o también puede significar un beneficio económico para quien prestó su vientre, acuerdo que en ciertos casos no se respeta.</p> <p>El artículo 6° de la Constitución precisa que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”, asimismo, el inciso 1) del artículo 2° señala que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”. Al respecto, observamos que en nuestra Carta Magna se regula tácitamente el derecho a la procreación y el derecho a la familia dentro del apartado normativo citado, así como la debida protección del concebido, no habiendo una interpretación extensiva a las formas de procreación, puesto que nuestra constitución no las regula expresamente.</p> <p>Por otro lado, si analizamos el art. 7° de la Ley General de Salud se desprende la prohibición del acuerdo de maternidad subrogada o vientre de alquiler; ello aparte de las objeciones que desde el Código Civil y parte de la doctrina se pueden plantear a dicha figura, pudiendo observarse entonces, un límite claro a la autonomía privada y al derecho a procrear generando implicancias jurídicas referidas a la filiación.</p> <p>No obstante lo mencionado, constituye gran interés regular la maternidad subrogada y por tanto los acuerdos a los que se lleguen a partir de ella, como por ejemplo la filiación del menor producto de la maternidad subrogada, el cumplimiento obligatorio de los acuerdos pactados y que ello no genere situaciones jurídicas inciertas.</p> <p>Dentro de nuestra jurisprudencia, ubicamos la Casación N° 563-2011-Lima, que es el primer acto resolutorio que toca el tema de subrogación materna y su importancia reside en que no se cuestionó la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que exigió su cumplimiento; además determinó que el derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear a un ser humano para entregarlo en adopción a cambio de “beneficios económicos”.</p> <p>Así también, encontramos el segundo precedente jurídico para la maternidad subrogada, en una sentencia (Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05) emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima, en la cual el Poder Judicial ordena a RENIEC inscribir como padres a pareja que utilizó el método de subrogación materna para procrear hijos.</p> <p>No obstante lo mencionado, hay que tener en cuenta que aunque este tipo de conflictos jurídicos se susciten recientemente en nuestros juzgados, tal cosa no significa que en la práctica médica no se venga realizando, siendo demostrado esto cuando en el año 2006 el Diario La República publicó una reseña sobre el reportaje que realizó un canal de televisión española sobre una organización que contando con la cooperación de reconocidas clínicas de Lima, ofrecían por Internet los servicios de mujeres peruanas quienes por una determinada suma de dinero accedían a convertirse en “vientres de alquiler”, lo cual representa no solo una amenaza de los derechos fundamentales de las partes, sino en especial significa la vulneración al derecho de filiación de los menores producto de la maternidad subrogada.</p> <p>Debemos tener en claro que gracias a la maternidad subrogada, muchos matrimonios con problemas de infertilidad cumplen su sueño de ser padres, siendo el fin supremo de ésta técnica el permitir el nacimiento de un nuevo ser, el cual tiene derecho a una identidad, derecho a una familia, derecho de identificar a sus padres, derechos que por su relevancia merecen tener dentro de nuestra legislación un apartado legal que los proteja para todos los efectos jurídicos derivados de la maternidad subrogada.</p> <p>Consideramos que sería viable la regulación de los Acuerdos de Maternidad Subrogada, estableciendo el procedimiento y extremos de la filiación, así como los derechos de todas las partes involucradas en éste procedimiento.</p>	<p><b>P.P.</b> ¿Cuál sería la validez de las implicancias jurídicas de filiación de los concebidos y nacidos surgidos en los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú?</p> <p><b>P.E. 1.</b> Cuáles serían los derechos de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano?</p> <p><b>P.E.2.</b> ¿Cómo se determinaría la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana?</p>	<p><b>O. G.</b> Identificar el sistema de atribución de la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada en el Perú desde la perspectiva de los derechos humanos en el Perú.</p> <p><b>O. E.1.</b> Identificar el derecho de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano.</p> <p><b>O.E.2.</b> Identificar los criterios para determinar la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana.</p>	<p><b>H.G.</b> Las implicancias jurídicas en los acuerdos de maternidad subrogada en el Perú año 2017 están referidas a la determinación de la filiación del concebido.</p> <p><b>H.E.1.</b> El derecho de cada una de las partes intervinientes en un contrato de maternidad subrogada en el marco del sistema jurídico peruano no está reconocido, por tanto no es incierto su identificación.</p> <p><b>H.E.2.</b> El criterio para determinar la filiación de los concebidos y nacidos de un acuerdo de maternidad subrogada desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana es el interés superior del niño.</p>	<p><b>V.</b> La maternidad subrogada.</p> <p><b>V.</b> Sistema de determinación de la filiación</p> <p><b>V</b> Jurisprudencia peruana sobre filiación en casos de maternidad subrogada.</p>	<p><b>TIPO DE INVESTIGACIÓN</b> No experimental Descriptiva Pura Doctrinal- jurisprudencial</p> <p><b>INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Fichas bibliográficas, para resumir los datos más importantes en la literatura especializada en el tema útiles para nuestro trabajo.</li> <li>Fichas de resumen, para extraer las ideas más importantes de los autores, posibles sumarios y conceptos utilizados en la investigación.</li> <li>Fichas de análisis y comentarios para recolectar ideas y añadir conclusiones a lo preestablecido por los expertos en el tema investigado.</li> </ul>

# JURISPRUDENCIA NACIONAL

## Cas. N° 4323-2010 Lima

Lima, once de agosto de dos mil once.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número cuatro mil trescientos veintitrés de dos mil diez en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

### **I. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

### **II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:**

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, declaró *procedente* el recurso de casación interpuesto por las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil**, alega el recurrente que se ha vulnerado su derecho a obtener una sentencia debidamente motivada, al considerar que el fallo contiene una indebida y adecuada motivación en el tema de técnicas de reproducción asistida (TERAS) pues se ha sustentando en un hecho falso cual es que el artículo 7 de la Ley General de Salud supuestamente “prohibiría” la ovodonación, lo cual no es así, pues en ningún país del mundo se encuentra prohibida, y en el Perú no existe ninguna norma especial que la prohíba, por lo que se debió interpretar dicho dispositivo en forma sistemática; y, **b) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud-**, señala que la Sala yerra al considerar que dicha disposición prohibía la “ovodonación” cuando por el contrario, dicha norma al señalar que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado “vientre de alquiler”, precisando que la Sala se equivoca cuando indica que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario al orden público, refiriéndose a la cláusula cuatro del convenio, sin embargo ello no es verdad, porque en ninguna parte del artículo en comento establece una prohibición explícita de la ovodonación, por tanto, dicha técnica no se encuentra prohibida en el Perú ni en otra parte del mundo

### **III. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que estando a la calificación de procedencia del recurso, en el que se comprende la infracción procesal y material, debe analizarse previamente la causal adjetiva o de error *in procedendo* denunciada, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, de manera que, si mereciera ser amparada por infracción al debido proceso, entonces carecería de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva por ser incompatibles con aquellas

**SEGUNDO.-** Que, en tal sentido, la infracción normativa procesal es sancionada ordinariamente con nulidad procesal, la misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos. El estado de nulidad potencial no puede afectar el debido proceso ya sea por ser subsanable el vicio, por convalidación o porque el acto cumplió con su finalidad. La garantía al debido proceso implica también el administrar justicia de acuerdo a las normas procesales, ya sea porque en razón a su texto, son consideradas imperativas o de estricto cumplimiento, consecuentemente, está sancionada su omisión o cumplimiento deficiente con la respectiva declaración de nulidad, siendo ello así, es tarea de esta Suprema Sala revisar si se vulneraron o no las normas que establecen expresamente un determinado comportamiento procesal con carácter de obligatoriedad, en cuyo caso debe disponerse la anulación del acto procesal viciado.

**TERCERO.-** Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que de acuerdo al convenio de realización de técnicas de reproducción asistida, la fecundación se realiza mediante técnica denominada FIV TE, que consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado (técnica de ovodonación), llevándose a cabo la fecundación en un plato de laboratorio; agrega que, en dicha técnica los gametos a utilizar son

provenientes de terceros, donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro comprometiéndose las partes a no indagar sobre la procedencia del donante ni a la identidad del usuario, lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.

**CUARTO.-** Que, respecto a la denuncia procesal referida a la infracción al deber de motivación contenido en el artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, que dispone “*Son deberes de los Jueces en el proceso: 6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia*”. Al respecto conviene precisar que, la obligación de motivar debidamente como dice Ignacio Colomer, “es un principio constitucional y pilar esencial de la jurisdicción democrática”. Y es que a diferencia del Antiguo Régimen, en el que los órganos judiciales no estaban llamados a dar cuenta de la interpretación y aplicación del Derecho, esto no puede considerarse admisible en una sociedad democrática, en la que justicia, igualdad y libertad ascienden a la dignidad de principios fundamentales<sup>1</sup>. La obligación de motivar cumple la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar, en ejercicio de un rechazable -en nuestra opinión- absolutismo judicial<sup>2</sup>.

**QUINTO.-** Que, bajo ese marco normativo corresponde evaluar si la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, siendo así, se advierte que el agravio del recurrente se sustenta en la indebida motivación de la sentencia de vista respecto al tema de técnicas de reproducción asistida, por cuanto la impugnada se sustenta en un hecho falso que sería la prohibición dispuesta en el artículo 7 de la Ley General de Salud. En ese sentido, se aprecia que dicho agravio no encuadra en el supuesto de indebida motivación por cuanto el *Ad quem* a su criterio ha desarrollado un análisis respecto a la implicancia y trascendencia de la citada disposición; asimismo, este Supremo Tribunal verifica que en efecto, si bien los considerandos tercero y cuarto de la sentencia recurrida contienen una fundamentación mínima respecto a la materia controvertida, sin embargo la parte resolutive se condice con la parte expositiva, además, dicho agravio constituye un cuestionamiento sobre el fondo del asunto que no procede analizar a través de una causal procesal, más aún, si tal agravio ha sido denunciado en la causal de infracción normativa material que en adelante se examinará; por consiguiente, la presente causal deviene infundada.

**SEXTO.-** Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842, en ese sentido, conviene precisar que dicha disposición señala: “*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.*”; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida -TERAS-, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado<sup>3</sup>; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: **a)** inseminación artificial y **b)** fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

**SÉPTIMO.-** Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida,

---

<sup>1</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 60-71. Colomer señala que “(...) el paso del Antiguo Régimen al diseño liberal ha tenido su vértice en la sumisión del juez a la ley, y esta a su vez ha sido garantizada por la necesidad de justificación de las decisiones judiciales”, p. 71

<sup>2</sup> MILLIONE, Cirio. El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, en: <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/derecho-obtener-resolucion-cirio-millone.pdf>, p. 16

<sup>3</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho Genético*, Cuarta Edición, Editorial GRIJLEY. Lima 2001. página 167.



denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*, reconocido por el Tribunal Constitucional: *“En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”* ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que *“aquello que no está prohibido, está permitido”*<sup>4</sup>, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

**OCTAVO.-** 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 a 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; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil; Por consiguiente, lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada.

#### **IV.DECISIÓN:**

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil sesenta y nueve por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir), por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda
- b) **Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la sentencia apelada, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, emitida por el Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró **infundada** la demanda de nulidad de acto jurídico, con lo demás que contiene
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron, intervino como ponente, el señor Juez Supremo Vinatea Medina.

S.S.

**ALMENARA BRYSON  
DE VALDIVIA CANO  
VINATEA MEDINA  
CASTAÑEDA SERRAN**

---

<sup>4</sup> EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.6 literal b).

## LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JAUREGUI ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO.

**PRIMERO.-** Que, al concurrir causales de infracción normativa por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no ésta última causal, pues en case de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **SEGUNDO.-** Que, la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa. **TERCERO.-** Que, el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política vigente, recoge el principio y derecho de la función jurisdiccional de observar la debida motivación de las resoluciones judiciales, mediante el cual el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir control correspondiente de los órganos de instancia superior por la vía de los recursos previstos en la ley procesal, instados por los justiciables. **CUARTO.-** Que, asimismo, el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, desarrollado el principio aludido, prescribe que para su validez y eficacia, las resoluciones judiciales deben contener la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión la que se ajusta al mérito de lo actuado y al derecho, sancionando con nulidad su inobservancia. **QUINTO.-** Que, es del caso tener presente que la motivación de las sentencias como vicio procesal tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La defectuosa manifestación, la cual se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y, c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese orden de ideas, la doctrina señala, según Olsen Ghirardi, que existen hasta tres tipos de vicios vinculados a la motivación, a saber, la motivación aparente, la cual se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuados o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación propiamente defectuosa, la cual se da cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Los vicios o errores en el razonamiento son denominados en la doctrina como “errores in cogitando”. **SEXTO.-** Que, examinados los argumentos expuestos por el impugnante, es del caso precisar que denuncia, bajo la causal de Infracción Normativa Procesal, la vulneración del deber de motivar adecuadamente la sentencia recurrida, por lo que corresponde analizar la resolución objeto del presente recurso, de la que se constata la afirmación del Colegiado Superior de Revocar la sentencia apelada de fojas seiscientos doce, de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, que declara infundada la demanda, reformándola declara Fundada la misma; en consecuencia, Nulos los actos jurídicos contenidos en la Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria del cinco de agosto de dos mil cinco y en el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro, bajo los siguientes fundamentos expuestos en el considerando tercer y cuarto de dicha resolución: *“**TERCERO:** Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” señala en su Cláusula Cuarta los siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizado la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” debe ser declarado nulo por violación del Artículos V del Título Preliminar del Código Civil”; **CUARTO:** En cuanto al acto jurídico denominado “Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria” debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización pata que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud”.* **SÉTIMO.-** Que, en tal orden de ideas, analizado tal razonamiento se concluye que efectivamente el Colegiado Superior incurre en “error in cogitando”, concretamente, en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma

contenida en el artículo 7 en base a los parámetros que la lógica exige como son: **a)** Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realizara mediante la utilización por parte del juzgador de algunos de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir a todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical; **b)** La atribución de una carga de valor a los conceptos indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; **c)** El esclarecimiento de las consecuencia, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterio hermenéuticos legalmente previstos; **d)** La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no esté plenamente determinada. **OCTAVO.-** Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica FIV – TE Modalidad de Ovodonación resulta ser un acto contrario al ordenamiento jurídico, al no existir una justificación adecuada de la decisión adoptada, en tanto, se requiere verificar las motivaciones que llevaron a la Sala Superior establecer que los hechos que sirven de base a la decisión se encuentran contenidos en el supuesto normativo contenido en la norma conforme a los parámetros interpretativos citados en el considerado que precede – *lo que resulta ser de ineludible exigencia para una correcta justificación de la decisión adoptada* –, es pertinente ordenarse la emisión de un nuevo fallo, máxime si un pronunciamiento como el emitido transgrede los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por lo que en ejercicio de la facultad nulificante del juzgador prescrita en el artículo 176 del Código Procesal Civil, corresponde anular la resolución de vista a efectos que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución. **NOVENO.-** Que, en virtud de las razones expuesta, el presente medio impugnatorio debe ser amparado por verificarse el error in procedendo denunciado, careciendo de objeto el emitir pronunciamiento respecto de la norma cuya Infracción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de un fallo anulatorio como el de autos. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista contenida en la resolución obrante a fojas novecientos setenta y nueve, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez; y, **ORDENAR** el reenvío de los autos a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico. Lima, once de agosto de dos mil once

**S.**  
**WALDE JAUREGUI**

## CAS. N° 563-2011 LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número quinientos sesenta y tres – dos mil once, en audiencia pública de la fecha; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo y producida la votación de acuerdo a ley, se emite la siguiente sentencia:

### **1. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación de fojas seiscientos sesenta y tres interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha treinta de noviembre de dos mil diez, que confirma la apelada de fecha quince de abril del año dos mil diez, que declara fundada la demanda de adopción por excepción incoada a fojas noventa subsanada a fojas ciento seis; declara a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis en el Distrito de San Borja, en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

### **2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Esta Sala mediante resolución de fecha seis de julio del año dos mil once, declaró *procedente* el recurso de casación, por causal de infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.

### **3. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.**- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concurre el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).----- **SEGUNDO.**- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).-----

**TERCERO.**- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: **i)** Por **demandada** de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestán** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre

biológica dona Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que “*las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento*”; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.----- **CUARTO.-** Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i)** la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>5</sup>; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; **ii)** la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes<sup>6</sup>; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y

---

**<sup>5</sup> Artículo 115.- Concepto.-**

La Adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

**<sup>6</sup> Artículo 128.- Excepciones.-**

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil**<sup>7</sup>; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre-adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; y **iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil**<sup>8</sup>; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

**QUINTO.**- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*, principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente*; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.- **SEXTO.**- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.-----

**SÉTIMO.**- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: *“( . . . ) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben*

---

(...) b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y

<sup>7</sup> **Artículo 378.- Para la adopción se requiere:** 1.- Que el adoptante goce de solvencia moral. (...) 5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.(...)

<sup>8</sup> **Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

*dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”.-----*

**OCTAVO.**- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometan a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; **iii)** la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; **vii)** al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; **viii)** los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: **a)** el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “*los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes*”; **b)** el informe psicológico N° 1567-2008- MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: “*se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala “*se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi)* Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

**NOVENO.**- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la **primera y segunda causal** denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.-----

**DÉCIMO.**- Que, la **tercera y cuarta causal** denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado

procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

**UNDÉCIMO.**- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “*DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...*” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “*con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro*”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); “ (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, riginada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “*debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia*”.-----

**DUODÉCIMO.**- Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el accionar de los



mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.-----

#### **4.- DECISIÓN:**

Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon:

- a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.
- b) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

**SS.**  
**DE VALDIVIA CANO**  
**HUAMANI LLAMAS**  
**PONCE DE MIER**  
**VINATEA MEDINA**  
**CASTAÑEDA SERRANO**

mar/igp

## Sentencia del expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

### CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

**EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**  
**JUEZ : HUGO VELASQUEZ ZA VALETA**  
**ESPECIALISTA : RAULTAIPE SALAZAR**  
**DEMANDANTE : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS**  
**DEMANDADO : RENIEC**  
**MATERIA : PROCESO DE AMPARO**

### SENTENCIA

**RESOLUCION: 05**  
**Lima, 21 de febrero del 2017**

#### VISTOS.

##### Asunto:

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

#### ANTECEDENTES.

**De la demanda:** Fluye del texto de la demanda-folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, “los menores”) y al principio superior del niño y, en consecuencia:

- 1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.
- 2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.
- 3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

#### Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.
2. Para ello, se procedió a la fecundación *in vitro*, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.
3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales

L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo **reconocimiento**; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva **rectificación**. Tras ello, el RENIEC declaró **improcedentes** ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo.

5 La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

5.1. Respecto del primer derecho, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. Rojas, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. Nieves- Ballesteros. Según el demandante, esto también afectaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad de los menores.

5.2. Respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables.

6. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

#### **Trámite de la demanda:**

Mediante resolución 01, de fecha 30 de junio del 2016- folio 172 a 176-, se admitió a trámite la demanda y se corrió traslado a la parte a la parte demanda.

Mediante escrito de fecha de presentación, 21 de julio del 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores, Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto Cesar Lázaro Salecio, y contestó la demanda señalando lo siguiente:

- 1.- Señala que la Sra. Ballesteros no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción.
- 2.- Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa.
3. Finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo, sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

Por resolución 02, de fecha 11 de agosto del año 2016, se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes para informe oral para el día 08 de setiembre del año pasado.

A la audiencia oral sólo concurrió la parte actora. Conforme al estado del proceso, corresponde emitir sentencia. Se emite sentencia en la fecha debido a la carga procesal del juzgado.

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo:** De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N°28237.

**SEGUNDO: Hechos del caso:** Si bien la parte demandada ha deducido excepciones -cuestiones de forma-, antes de resolverlas es necesario determinar primero los hechos del caso, con el fin de resolver esas cuestiones de forma y, en su caso, las cuestiones de fondo.

**Los hechos son los siguientes:**

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC.
2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción *in vitro* reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto.
3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).
4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.
5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).
6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

**TERCERO: Las excepciones deducidas:**

**3.1. Excepción de falta de representación.**

1. La demandada sostiene que la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau carece de representación con respecto a los menores L.N.N.R y C.D.N.R., a favor de quienes se alega la vulneración al derecho a la identidad y al interés superior del niño, pues conforme a la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación.

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con

respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandando la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores.

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.
3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.
4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.
5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.
6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.
7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción.

Actuar de dicha forma resultaría no sólo paradójico para la representación de los menores, sino contraria a la Opinión Consultiva OC-8/87 que reconoce al amparo como un proceso constitucional asequible, sencillo y amplio para la tutela de los derechos fundamentales.

8. Por otro lado, no pasa por alto para este Despacho Judicial que la fundabilidad de esta excepción no tendría por efecto que el presente proceso constitucional culmine sino que produciría –siguiendo el inciso 2) del artículo 425° del Código Procesal Civil– que el proceso se dilate hasta que las partes transiten y obtengan decisiones administrativas o judiciales que le brinden la capacidad legal suficiente de representación, con lo cual, durante dicho periodo, el Juzgado Constitucional avalaría la continuación de la presunta vulneración al derecho a la identidad e interés superior del niño, lo que no resulta admisible en nuestro sistema jurídico.

9. Además, los demandantes adultos no actúan sólo en representación de los menores sino también a título personal, con lo cual la excepción debe desestimarse.

### **3.1. La excepción de falta de agotamiento de la vía previa.-**

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N° 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENEC los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.
2. Por su parte, los demandantes sostienen que no resulta exigible el agotamiento de las vías previas cuando existe la necesidad de una tutela urgente para la protección del derecho a la identidad de los menores así como la observancia del principio de interés superior del niño. Asimismo, señala que en el presente caso la vía previa es inexistente pues el Perú no tiene legislación que regule las Técnicas de Reproducción Asistida y por tanto carece también de un procedimiento tuitivo que permita a nivel administrativo resolver esta controversia.
3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesaria y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).
4. Empero, tales reglas tienen excepciones previstas en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia. Dejando de lado las excepciones para no acudir a la vía específicamente e igualmente satisfactoria, pues no es objeto de excepción procesal por parte del demandado, corresponde señalar que la exigencia al agotamiento de la vía administrativa se impone como regla en razón de que debe otorgarse a la Administración Pública la oportunidad de remediar los errores en los que pudo haber incurrido.
5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).
6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño.

En efecto, los menores y los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco viven actualmente en un estado que podríamos calificar de precariedad y zozobra con una evidente irreparabilidad de sus derechos pues, por un lado, los señores Francisco David Nieves Reyes y, en especial, Aurora Nancy Ballesteros Verau, que tiene bajo su guarda a los menores, al no tener vínculo formal con éstos, no pudieron ni pueden transitar libremente con ellos, no pueden viajar y tienen que enfrentan la sensación de inquietud al salir –en especial la demandante Aurora

Nancy Ballesteros Verau– quien podría enfrentar graves cargos penales al no tener en vínculo formal con los menores; lo que sin duda tuvo y tiene incidencia irreparable en sus derechos antes indicados. Por tanto, obligarlos a transitar el proceso administrativo sólo extendería el perjuicio e irreparabilidad ya sufrida en los derechos alegados.

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.
8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.
9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.
10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.
11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente.

Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

**CUARTO: La factibilidad de tramitar la pretensión de la actora vía amparo:**

La parte actora alega amenaza y lesión de los derechos a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño, los cuales tienen respaldo constitucional en los artículos 2 inciso 1 y 4 (implícitamente, según el Tribunal Constitucional) de la Constitución Política, respectivamente. Además, son pasibles de ser atendidos en vía de amparo, tal como lo prevé el artículo 37, inciso 25 del Código Procesal Constitucional. Por su parte, también invoca los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad, vida íntima y familiar y derechos sexuales y reproductivos, pero ya no de los menores, sino de ellos mismos (Sres. Nieves-Ballesteros y Sres. Lázaro-Rojas).

De acuerdo con lo anterior, es indudable que la alegación de agravios contra el derecho al nombre de las menores, constituye una materia con relevancia constitucional que puede ser atendida en vía de amparo.

**QUINTO: Análisis constitucional del caso:** Según lo expuesto en la demanda, la parte actora alega que el derecho fundamental a la identidad de los menores y el principio de interés superior del niño han sido vulnerados, así como su derecho al libre desarrollo de la personalidad, la vida íntima y familiar y los derechos sexuales y reproductivos.

Conforme a lo anterior, este Juzgado aprecia que las cuestiones jurídicas a ser resueltas tienen que ver con la constitucionalidad de las resoluciones impugnadas, en el sentido de que ellas habrían violado los derechos fundamentales antes señalados. Para verificar ello, se deberá dilucidar las siguientes cuestiones jurídicas:

- *Si la Sra. Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento.*
- *Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.*

**SEXTO: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva:** De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: *"Todos tienen derecho a la protección de su salud"*. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que *"ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva"* (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que:

*"La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo"* (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6).

Esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud.

Por eso es que el Comité concluye que *"el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad"* (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). Similar tenor expresa la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: *"... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia"* (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).

Por consiguiente, en este caso no solo se encuentra involucrado el derecho a la salud reproductiva, sino también sus derechos a la intimidad o vida privada, junto con los derechos de los menores y la tutela de su interés superior.

**SETIMO:** En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: *"La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona"* de donde concluye la Corte que *"... la*



*maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...*”(Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143)

Dentro de ese escenario, “*el derecho a la vida 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...*” (Párrafo 146). Es decir, según la Corte, “*el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva **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***” (párrafo 150, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, 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 (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”). Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quién aportó los espermatozoides).

Más aún si se tiene en cuenta que la "madre" gestante (la madre genética es una donante de óvulos secreta), está de acuerdo en que la señora Ballesteros ejerza la condición de madre. **De modo que no existen razones para que el Estado, actuando a través de este Juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, tanto más, si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores.**

**OCTAVO: La regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico peruano:** Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado considera importante tener en cuenta una cuestión adicional. Y es que la defensa del Estado ha deslizado la idea de que la llamada “maternidad subrogada” estaría prohibida en el Perú, a partir de la norma contenida en el artículo 7 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente:

“*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*” (énfasis agregado).

El texto citado puede tener una lectura que limita el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida (TERAs) solo para los casos en donde sirva para una procreación en donde el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Ciertamente, ese es el supuesto que recoge el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Lo anterior no significa, sin embargo, que los otros supuestos no previstos en la norma estén proscritos. Es decir, no puede realizarse una *interpretación a contrario sensu* del texto citado para concluir que proscribe el uso de TERAs para otras situaciones. Lo único que puede afirmarse es que EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD NO REGULA MÁS SUPUESTOS QUE LA MADRE GESTANTE COMPARTA CARGA GENÉTICA CON SU BEBÉ.

**NOVENO:** En efecto, de un lado podría decirse 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 una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa<sup>9</sup>.

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.

Y eso porque este Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad, “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva. Siendo que el artículo 7 de la Ley General de Salud y ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional impone limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en donde puede ser aplicable las TERAs, este Juzgado no puede sino reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas.

El mismo razonamiento puede aplicarse para el caso que es materia de este proceso, pues para la situación objeto de este amparo no existe ninguna norma con rango de ley que establezca una prohibición, de modo que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política, la TERAs realizada descansa en un pacto legítimo, pues “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”. Al respecto, debe recordarse que, “*el Tribunal Constitucional ha establecido que el principio de legalidad exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones*” (Expediente N° 3954-2006-PA/TC, fundamento 34).

Entretanto que no exista una clara y expresa prohibición de celebrar contratos acuerdos de maternidad subrogada o de aplicar TERAs a supuestos distintos a los previstos en el artículo 7 de la Ley General de la Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculados.

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.

---

<sup>9</sup> En esa línea, recuerda De Trazegnies que las reglas tienen una estructura donde existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que se atribuye al supuesto fáctico, “*para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrar ante una situación en la que tanto el supuesto de hecho como [la consecuencia] constituyan una polaridad lógica que no admita otras posturas. Si el [supuesto de hecho] admite otros hechos ajenos a la polaridad o si [la consecuencia] admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria... Quizá un ejemplo casero puede ayudar a comprender mejor el problema lógico: en el caso de que una persona tenga gripe [supuesto de hecho], debe administrársele aspirina [consecuencia]; pero de ello no se sigue que sólo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele aspirinas*”. DE TRAZEGNIES, Fernando. *El derecho civil y la lógica: los argumentos a contrario*. En: Themis-Revista de Derecho, N°12, Lima, 1988, p. 66.

**DECIMO: El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad:**

Hasta ahora ha quedado claro que el uso de técnicas de reproducción asistida no es un mecanismo prohibido por ley de reproducción, lo que significaría que se trata de un método permitido por el orden constitucional y que, por tanto, los contratos celebrados al amparo del mismo (contrato de útero subrogado, por ejemplo) también son válidos. Más aún si ese mecanismo ha sido reconocido por el ordenamiento convencional como parte del derecho a la salud reproductiva.

Con ese escenario aclarado, este Juzgado puede evaluar que el recurso a las TERAs también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERAs no están prohibidas, **su empleo solo es posible** cuando tuvieran como destino la formación de una familia, pues lo contrario sería abrir una peligrosa puerta a la reproducción de seres humanos para múltiples propósitos, lo que implicaría hacer del hombre un instrumento al servicio de fines ajenos a su propia humanidad, asunto proscrito por el artículo 1 de la Constitución Política que consagra a la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado.

**DECIMO PRIMERO:** Ahora bien, con respecto al **derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar**, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas “familias ensambladas” que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que “*la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente*” (STC 6572-2006-AA, fundamento 10). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos” (Observación General N° 19, de 1990).

En ese sentido, parece claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 2, inciso 1 de nuestro texto Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma contundente que:

*“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.*

*Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.*

*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”* (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, la postura del RENIEC, de no inscribir a los

menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

**DECIMO SEGUNDO: EL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES.** Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros.

También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de 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. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño:

“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles”<sup>10</sup>

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

En ese orden, 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. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) *ocupa un lugar esencial entre los 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.*” (STC 2223- 2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

Ahora bien, con relación al nombre indica el Tribunal que este cumple una función elemental pues a través del mismo “(...) *la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas y, desde luego, tener los derechos y las obligaciones que de acuerdo a su edad o condición le va señalando el ordenamiento jurídico*” (STC 4509-2011-AA), en el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que “*El nombre y los apellidos son esenciales para establecer formalmente el vínculo existente entre los diferentes miembros de la familia*” (Sentencia del caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, nota 204, párrafo 184).

Por tanto, junto con el derecho a la salud reproductiva, libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia de los padres Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, corresponde también que se otorgue tutela al derecho al nombre de sus hijos de iniciales L. N.R. y C. D. N. R., debiendo el RENIEC reponer las cosas al estado anterior a los agravios generados en su contra, anulando las partidas que emitió y emitiendo

---

<sup>10</sup> PLÁCIDO, Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 190

nuevas partidas de nacimiento donde conste como sus apellidos paternos y maternos los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

**DECIMO TERCERO:** La parte demandada debe pagar costos.

**DECISIÓN:**

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200° inciso 2° de nuestra Constitución y 1° del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, **DECIDE: DECLARAR FUNDADA** la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia:

- 1.- **SE DECLARA NULAS** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.
3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
4. Con costos.
5. Notifíquese en el día.