



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

FACULTAD DE HUMANIDADES
CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

“LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA
LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”

PARA OBTENER EL TÍTULO DE

ABOGADA

AUTOR

ROSA GARDELIA DEL AGUILA PERALES

ASESOR

MG. WILFREDO HERBERT GORDILLO BRICEÑO

LIMA, PERÚ, JULIO DE 2018

DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis se lo dedico a Dios y con mucho cariño a mis padres que están apoyándome incondicionalmente, a mi familia que me han apoyado a lo largo de mi carrera, y me han dado las fuerzas y el empuje para poder concluir con esta etapa universitaria.

A mis docentes que día con día me han apoyado brindándome sus conocimientos en sus enseñanzas.

A las personas que trabajan conmigo en la oficina zonal receptora de V.E.S., los cuales han sido comprensivos y me han apoyado en la elaboración del presente.

A la Universidad Autónoma del Perú, mi alma mater.

AGRADECIMIENTOS

Al Doctor Hugo Augencio Gonzales Aguilar, por guiarme en la parte metodológica de la presente tesis y al Doctor Wilfredo Herbert Gordillo Briceño por ser mi guía y asesor temático, y ayudarme a subsanar mis dudas.

RESUMEN

La presente tesis “La Regulación de la Maternidad Subrogada en la Legislación Civil Peruana”; desarrolla de manera adecuada el análisis de diferentes fuentes sean nacionales e internacionales, con la finalidad de llegar a obtener como resultado la evaluación de la necesidad de regular la maternidad subrogada en la legislación nacional. El problema de la presente, busca establecer que algunos derechos se ven afectados con la no regulación de la maternidad subrogada, entre ellos el principio de interés superior del niño, visto por muchos especialistas en la materia como un derecho fundamental del menor, y el derecho a la salud con respecto a la salud reproductiva. La justificación está dirigida a proporcionar el conocimiento respecto a la maternidad subrogada. La hipótesis reside en la necesidad de regular la maternidad subrogada con la finalidad de proteger diversos derechos. El objetivo que tenemos es proponer la regulación de la maternidad subrogada en la legislación peruana. La metodología es tipo básico, con un diseño no correlacional; la población y la muestra se encuentra constituida por especialistas (abogados) y diferentes artículos normativos específicos que se ponen en análisis; la técnica e instrumento de recolección de datos y el cuestionario; y el procesamiento de datos se efectuará con el programa SPSS 24.0 y el programa Atlas. Ti 8.

Del resultado se obtuvo que, si se establece la regulación la maternidad subrogada se protegen diversos derechos fundamentales y el principio del interés superior del niño, entre otros.

Palabras clave: Maternidad subrogada, interés superior del niño, niña y adolescente, filiación, patria potestad, derecho de identidad, derecho de salud reproductiva.

ABSTRACT

The present thesis "The Regulation of Surrogate Motherhood in the Peruvian Civil Legislation"; Adequately develops the analysis of different national and international sources, in order to obtain as a result the evaluation of the need to regulate surrogate motherhood in the national legislation. The problem of this, seeks to establish that some rights are affected with the non-regulation of surrogacy, including the principle of the child's best interest, seen by many specialists in the field as a fundamental right of the child, and the right to health with respect to reproductive health. The justification is aimed at providing knowledge regarding surrogate motherhood. The hypothesis lies in the need to regulate surrogate motherhood in order to protect various rights. The objective we have is to propose the regulation of surrogate motherhood in Peruvian legislation. The methodology is basic type, with a non-correlational design; the population and the sample is constituted by specialists (lawyers) and different specific normative articles that are put in analysis; the technique and instrument of data collection and the questionnaire; and the data processing will be done with the SPSS 24.0 program and the Atlas program. Ti 8. From the result it was obtained that, if the regulation is established, surrogate motherhood protects several fundamental rights and the principle of the best interests of the child, among others.

Keywords: Surrogate motherhood, superior interest of the child, girl and adolescent, filiation, parental authority, right of identity, right of reproductive health.

ÍNDICE DEL CONTENIDO

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Realidad problemática.....	2
1.2. Formulación del problema.....	4
1.2.1. Problema general.....	4
1.2.2. Problemas específicos.....	4
1.3. Justificación e importancia	5
1.3.1. Justificación teórica.....	5
1.3.2. Justificación metodológica	5
1.3.3. Justificación práctica.....	6
1.3.4. Justificación legal.....	6
1.4. Objetivos de la investigación.....	6
1.4.1. Objetivo general.....	7
1.4.2. Objetivos específicos	7
1.5. Limitaciones	7
1.5.1. Limitación temporal.....	8
1.5.2. Limitación espacial.....	8

CAPÍTULO II. MARCO TEÓRICO

2.1. Marco teórico	10
2.1.1. Antecedentes de estudio	10
2.1.1.1. Internacionales	10
2.1.1.2. Nacionales	12
2.2. Bases teóricas - científicas.....	15
2.2.1. Doctrina	15
2.2.1.1. El Estado y los Derechos Fundamentales	15
2.2.1.2. Maternidad y filiación en el derecho de familia	18

2.2.1.3. Noción fundamental de maternidad	18
2.2.1.4. La maternidad subrogada	19
2.2.1.5. Clases de maternidad subrogada	22
2.2.1.6. Derecho a la salud – salud reproductiva	24
2.2.1.7. Derecho de la privacidad respecto a la maternidad subrogada	25
2.2.1.8. Principio del Interés Superior del Niño	26
2.2.1.9. El derecho al nombre, a la identidad del menor y a la filiación	27
2.3. Norma	28
2.3.1. Ámbito Internacionales	28
2.3.2. Legislación comparada	30
2.3.3. Constitución	30
2.3.4. Ley de Propiedad Industrial	31
2.3.5. El Código de los Niños y Adolescentes	31
2.3.6. Ley N° 26842 – Ley General de la Salud	31
2.4. Jurisprudencia	32
2.4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.	33
2.5. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad	38
2.5.1. Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento biológico	38
2.5.2. Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento volitivo	39
2.5.3. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético	40
2.6. Triangulación.....	41
2.7. Definición de términos.....	42

CAPÍTULO III. MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y diseño de investigación	44
3.2. Población y muestra.....	45
3.2.1. Muestra.....	45
3.3. Hipótesis	46
3.3.1. Hipótesis general	46
3.3.2. Hipótesis específicas	47
3.4. Tipo y Operacionalización de la variable.....	48

3.4.1. Operacionalización de Variable	49
3.5. Método y técnicas de investigación.....	51
3.5.1. Técnicas e instrumentos de investigación	51
3.6. Procedimiento de análisis de interpretación de los resultados.....	52
3.6.1. Procesamiento de datos	52
3.6.2. Análisis estadístico e interpretación de datos	52
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS	
4.1. Validación del instrumento	55
4.1.1 Cuadro de validación del instrumento.....	55
4.2. Resultados de la variable	56
CAPÍTULO V. DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1. Discusiones.....	69
5.2. Conclusiones.....	77
5.3. Recomendaciones	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	
ANEXOS	

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Triangulación de las teorías	41
Tabla 2	Variable.....	48
Tabla 3	Operacionalización de la Variable.....	49
Tabla 4	Validación del Instrumento	55

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	Maternidad Subrogada propiamente dicha.	22
Figura 2	Resultados estadísticos de la pregunta número uno del cuestionario.....	57
Figura 3	Resultados estadísticos de la pregunta número dos del cuestionario.....	58
Figura 4	Resultados estadísticos de la pregunta número tres del cuestionario.....	58
Figura 5	Resultados estadísticos de la pregunta número cuatro del cuestionario.....	59
Figura 6	Resultados estadísticos de la pregunta número cinco del cuestionario.....	59
Figura 7	Resultados estadísticos de la pregunta número seis del cuestionario.....	60
Figura 8	Resultados estadísticos de la pregunta número 7 del cuestionario.....	60
Figura 9	Resultados estadísticos de la pregunta número ocho del cuestionario.....	61
Figura 10	Resultado estadístico de la pregunta número nueve del cuestionario.....	61
Figura 11	Resultado estadístico de la pregunta número diez del cuestionario.....	62
Figura 12	Resultado estadístico de la pregunta número once del cuestionario.....	63
Figura 13	Resultados estadísticos de la pregunta número doce del cuestionario.....	63
Figura 14	Resultados estadísticos de la pregunta número trece del cuestionario.....	64

Figura 15	Análisis de documentario.....	65
Figura 16	Comparación jurisprudencial.....	66
Figura 17	Comparación normativa.....	67

INTRODUCCIÓN

Sabemos que la infertilidad (femenina) y muchas veces el deseo de tener una familia, no es un problema ajeno en nuestro país; y por ende nuestra legislación y nuestro Estado no prevé la condición de *maternidad subrogada* en su figura de vientre de alquiler, ya que existen condiciones médicas que no nos permiten ser madres.

El Estado tiene como deber proteger a la familia, por ser el núcleo de la sociedad, y célula fundamental, por ende, en nuestro país se han dado muchos casos en los cuales las mujeres no pueden ser madres y recurren a diferentes métodos o técnicas de reproducción asistida sin tener muchas veces un buen resultado; y al final recurren a “alquilar un vientre” ya sea de un familiar o de una mujer desconocida, con el único propósito de poder tener descendencia y/o una familia.

Esta es la situación que me motiva a investigar el tema de la maternidad subrogada en el Perú y como se podría regular en nuestra legislación, ya que se han presentado diferentes casos en los cuales, se ha seguido un patrón en el que una pareja conformada por el marido y la mujer tratan con una persona de sexo femenino - mujer que tenga las condiciones para poder ser madre y completamente saludable para llevar el periodo de embarazo o gestación, y al finalizar este periodo, se culpa con la entrega del recién nacido a las personas que desean ser padres o mejor dicho a la pareja.

Al existir esta figura jurídica al igual que en otros países, proponemos también mejoras y condiciones jurídicas para así regular y evitar en medida de lo posible los vacíos o lagunas jurídicas y también evitaríamos el aprovechamiento o mal uso de esta posible figura jurídica peruana.

El contenido de la presente tesis se desprende en 5 capítulos:

Capítulo I: Planteamiento del problema: Contiene la formulación del problema, y la situación problemática; la justificación de la Investigación, se basará en la justificación teórica, la justificación práctica, la justificación metodológica, y la justificación legal o normativa; los objetivos en los cuales se encontrarán el objetivo específico y los objetivos generales de la presente investigación; las limitaciones del estudio en las cuales se consignarán las limitaciones para el desarrollo de la presente tesis, es decir, dos limitaciones, una es la limitación temporal y la otra es la limitación espacial.

Capítulo II: Marco teórico: Se tendrá como base las investigaciones anteriores a la presente investigación, como tesis nacionales e internacionales, la base teórica científica y la terminología básica, se conceptúan los temas referentes a la regulación de la maternidad subrogada en el código civil peruano; asimismo, la revisión de fuentes de información y naturalmente la definición de los términos empleados.

Capítulo III: Marco metodológico: Se describe la metodología, tipo y diseño, instrumentos para la recolección de datos. Asimismo, la población, muestra y las hipótesis de la investigación, es decir, la hipótesis general y las específicas, y las variables.

Capítulo IV: Análisis y discusión de los resultados: Este capítulo consiste en evidenciar la finalidad de la investigación, mediante la discusión de resultados, los cuales nos permitieron demostrar la hipótesis general y las hipótesis específicas de la investigación; para el correcto análisis, de estos, usaremos dos aplicativos uno es el SPSS (Statistical Package for the Social Sciences) y el otro será el programa ATLAS.ti, y resultado que obtenemos serán diferentes figuras (16 figuras) las cuales analizaremos una por una para la correspondiente discusión.

Capítulo V: Conclusiones y recomendaciones: finalmente, en este capítulo se formulan las respectivas conclusiones y las recomendaciones correspondientes.

En definitiva, del presente trabajo de tesis se concluye que, si existe la necesidad de regular la maternidad subrogada en la legislación civil peruana para proteger el principio del interés superior del niño, el derecho a tener una familia y los derechos conexos al mismo.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Realidad problemática

La maternidad subrogada es popularmente conocida como alquiler de útero o vientre de alquiler; la gestación subrogada es una técnica de reproducción asistida que actualmente no se encuentra permitida legalmente, ni mucho menos se encuentra prohibida.

Hasta el momento no existe ninguna legislación “cerrada” en materia de reproducción asistida dentro del cuerpo normativo de nuestro país, simplemente existen diversos proyectos de ley que hacen mención del tema, pero ninguno de estos es aceptado como ley – propiamente dicho.

Pero, a pesar de esta situación existen diversas parejas de nacionalidad peruana que acuden a esta técnica de embarazo subrogado para poder tener una familia, normalmente llevándose a la futura gestante a un país extranjero donde la técnica de reproducción asistida se encuentra completamente permitida.

Como mencione líneas arriba, nuestro país no cuenta con una ley concreta en maternidad subrogada a diferencia de otros países como Suecia, Alemania, Francia, Inglaterra, Tailandia, aunque a veces la norma es contradictoria porque existen dos apreciaciones o tendencias legislativas marcadas:

1. La que da importancia al desarrollo técnico y;
2. Por otra parte, la que protege propiamente dicho a la persona humana.

Pero, en la legislación peruana en el artículo 7 de la Ley General de Salud - Ley N° 26842 (1997) menciona 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 una 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 (p. 4).

Como un pequeño resumen del artículo anterior podemos decir que, se pueden utilizar las técnicas de reproducción asistida (TERAS) si es que se cumplan dos requisitos:

1. La Identidad Genética y,
2. Consentimiento por escrito de los padres biológicos antes del tratamiento.

Sin embargo, el Código Civil o alguna legislación específica no recoge ni regula el tema de la maternidad subrogada; y por ende existe una gran falta y necesidad de este ordenamiento jurídico, lo que trae como consecuencia un vacío legal.

También en la mencionada definición podemos indicar que el método de donación de óvulos tampoco está permitido en nuestra legislación de nuestro país ya que, la condicionante es que la mujer que aporta la carga genética y la mujer que gesta al feto o al bebé debe ser la misma persona.

En consecuencia, tenemos que en base de las diferentes problemáticas que el tema de la maternidad subrogada genera, existen diferentes derechos que se están viendo afectados o vinculados, iniciando por el derecho a la salud reproductiva, a la privacidad, también los derechos del menor como el principio del interés del niño y del libre desarrollo; y el de la libertad como lo hemos ido viendo.

Esta investigación (tipo base) debería ser tomada como un precedente con la finalidad de ser tomada en cuenta para futuras investigaciones y así se pueda regular la maternidad subrogada en nuestro país, puesto que, actualmente este vacío legal genera una problemática amplia tanto a nivel nacional como internacional, también con la debida regulación se puede ayudar al desaliento de las prácticas ilegales y a proteger al bien jurídico principal y primordial que todo estado debe proteger “la vida”.

Estas son las razones que por las cuales se debería de regular la maternidad subrogada en nuestra legislación, para así prever esta situación jurídica y prevenir conflictos posteriores, los cuales ya se han ido presentado a lo largo de los años en

nuestro país, con personas tanto de nacionalidad peruana o extranjera, ya que, existen casos que han sido muy cuestionados por los conflictos de interés y la contravención que existe en cada uno de ellos, pero sin olvidar el verdadero interés de estos que en cada uno es el mismo, poder tener una familia.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿Por qué se debe regular en la legislación civil peruana la maternidad subrogada?

1.2.2. Problemas específicos

- a) ¿De qué manera se debe de proteger el derecho de la salud reproductiva a través de la regulación la maternidad subrogada en la legislación civil peruana?
- b) ¿De qué manera se debe de proteger el derecho de la privacidad a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana?
- c) ¿De qué manera se debe de proteger la maternidad subrogada para cautelar el principio del interés superior del niño?
- d) ¿De qué manera se debe de proteger la maternidad subrogada para cautelar el derecho del libre desarrollo del menor?
- e) ¿De qué manera se debe de proteger la maternidad subrogada para cautelar el derecho de la identidad del menor?

1.3. Justificación e importancia

Para los investigadores Hernández, Fernández y Baptista (2014) mencionan que: “La justificación de toda investigación nos indica cuales son las razones o el porqué de la investigación; ya que por medio de la justificación se debe demostrar la necesidad e importancia del estudio investigación” (p. 37).

1.3.1. Justificación teórica

La maternidad subrogada, gestación por sustitución o gestación subrogada, no se encuentra permitida ni mucho menos prohibida en nuestra legislación nacional, es decir no existe ley expresa de regulación respecto a la materia, ni mucho menos se encuentra sancionada en el Código Penal vigente, contraponiendo situaciones e intereses jurídicos respecto al vacío legal generado, así como lo demuestran diferentes casos ya suscitados; y a los ojos de varios expertos hay una gran necesidad existente de una legislación minuciosa, ya que se aprecia que con el transcurso del tiempo se efectúan procedimientos de reproducción asistida sin ninguna medida de cuidado pertinente, generando conflictos legales, médicos, científicos, y éticos.

1.3.2. Justificación metodológica

Esta investigación, respecto en la justificación metodológica o aspecto metodológico, esta nos permitirá realizar diferentes interpretaciones en base a la argumentación, el análisis estadístico, el análisis legal, doctrinal y jurisprudencial y los casos que se han suscitado a nivel nacional, con la finalidad de resolver la colisión y restricción de los derechos fundamentales, asimismo, es posible la aplicación de cuestionarios u encuestas a los operadores jurídicos.

1.3.3. Justificación práctica

La razón primordial o principal por la cual presento esta investigación es para determinar y analizar el tema de la maternidad subrogada en nuestro país, con la ponderación de los derechos fundamentales que se han visto afectados, y además demostrar la existencia del vacío legal generado que han traído consigo diferentes conflictos jurídicos o legales, así como médicos y éticos; como por ejemplo se ha visto afectados derechos como la libertad individual, el derecho de privacidad médica.

1.3.4. Justificación legal

De la misma forma, la presente investigación demuestra la necesidad por parte de los operadores jurídicos (responsables de la búsqueda de soluciones y de la aplicación de las normas y leyes pertinentes en casos concretos de manera eficiente, eficaz y oportuna) el regular o la existencia de la norma capaz que prever o regular la materia.

También indicar la necesidad existente, para el correcto entendimiento y aplicación del juicio de ponderación ante casos concretos en los cuales existen conflictos relacionados a los derechos fundamentales de los intervinientes, como el derecho a la salud reproductiva, el derecho a la vida, al correcto desarrollo, al derecho de tener una familia, al derecho de crecer en un ambiente sano, a la privacidad, a la identidad del menor, entre otros y diversos derechos conexos que se ven afectados e involucrados con el tema de investigación, la maternidad subrogada.

1.4. Objetivos de la investigación

Los objetivos de una investigación, para los autores Hernández, Baptista y Fernández (2014) indican que:

Se deben de expresar con claridad y tienen que ser específicos, medibles, apropiados y realistas por ende tienen que ser fáciles de alcanzarse; deben de servir de guía para la investigación y deben de estar presentes durante todo el desarrollo de la investigación.

Entonces los objetivos nos indican lo que se busca con nuestra investigación y estos deben de ser claros. (p. 37).

1.4.1. Objetivo general

Proponer la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.

1.4.2. Objetivos específicos

- a) Implementar la protección del derecho de la salud reproductiva a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.
- b) Implementar la protección del derecho de la identidad del menor a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.
- c) Implementar la protección del principio del interés superior del niño a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.
- d) Regular la protección del libre desarrollo del menor a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.
- e) Regular el cómo se puede proteger el derecho a la privacidad a través de la regulación de la maternidad subrogada.

1.5. Limitaciones

Las limitaciones son aquellos inconvenientes que se nos presentan en la realización de la investigación; en la presente se ha tenido en cuenta solo dos aspectos:

1.5.1. Limitación temporal

Para el autor Bernal (2016) nos hace mención: “que es necesario determinar cuál será el periodo de tiempo, sea retrospectivo o prospectivo dentro del cual se debe realizar el estudio” (p. 140).

En la presente la limitación temporal que tuvimos es la consolidación ya que contamos con solo 8 meses, de los cuales: 4 meses se enfocaron en la realización del proyecto de tesis y los otros 4 meses se utilizaron para el desarrollo de la tesis propiamente dicha, dejándonos muy corto tiempo para elaboración total de la misma.

1.5.2. Limitación espacial

Según el autor Bernal (2016) menciona que: “La limitación espacial es un espacio geográfico dentro del cual tendrá lugar la realización de la investigación” (p. 140).

La presente investigación se limitará a aspectos básicos como las fuentes del derecho, es decir, la ley, jurisprudencia y sentencias relevantes que se han suscitado en nuestro país, ya sean noticias o casos resueltos por el poder judicial o la corte suprema de justicia.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Marco teórico

El marco teórico se encuentra conformado por las investigaciones precedentes, las mismas que han sido realizadas por diferentes autores o investigadores sobre un tema determinado, problemática que he relación con las variables o descripción del problema de la investigación.

En ese sentido los autores Hernández, Fernández, y Baptista (2014) definen al marco teórico como: “el análisis y exposición de teorías, lo enfoques, las investigaciones y los antecedentes en general que se consideran válidos para el encuadre correcto del estudio” (p. 60).

2.1.1. Antecedentes de estudio

En este subtema, desarrollaremos metódicamente las investigaciones realizadas con anterioridad, acerca de la maternidad subrogada y la problemática planteada, para tener base para esta nueva investigación, con la finalidad de brindar legalidad y sustento a la hipótesis que estamos planteando.

Las investigaciones internacionales tanto como las nacionales realizadas anteriormente, los utilizaremos para dar inicio a la presente investigación:

2.1.1.1. Internacionales

Santander (2013) en su tesis “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”. El objetivo general del presente fue determinar si realmente la celebración de un contrato de maternidad subrogada en el país de Chile se incluye dentro del derecho de dar a luz o alumbramiento dentro del ordenamiento jurídico chileno, por lo cual, se realizó el análisis de la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada en su variante contractual y consigo también se analizó el derecho a procrear y el derecho de la dignidad humana teniendo a consecuencia diversas conclusiones, críticas y comentarios; la conclusión que mejor sustenta mi tema, es que, la maternidad subrogada se tiene que evaluar

en todas sus posibilidades tantas positivas como negativas, pero siempre teniendo en cuenta al derecho a procrear y sobre todo la dignidad humana, y basándose en lo anterior recalca que cuando existan conflictos la autonomía de la voluntad debe primar ante lo éticamente aceptable.

De la presente tesis podemos observar u analizar que el derecho a procrear trae consigo o tiene conexos la protección de diversos derechos entre ellos el derecho a la dignidad y la integridad de las personas, derecho a la salud, libre de discriminación también el respeto y la garantía del desarrollo de la personalidad como obligación del Estado la cual tiene relación de manera directa con la dignidad humana.

Al hablar de derecho a procrear tenemos que, en el presente tema, la maternidad subrogada y todas sus variantes respecto a la esfera reproductiva le pertenece enteramente a la mujer.

Yáñez (2010) en su tesis “Análisis sobre la importancia de legislar la reproducción asistida en México”. Teniendo como objetivos realizar un análisis de las consecuencias sociales de la práctica de que trae consigo la reproducción asistida y concientizar a los juristas de la vaguedad o ausencia de los preceptos jurídicos que regulen el tema, llegando a 17 conclusiones; nos apoyamos en su décimo quinta conclusión en la cual resalta sin duda alguna la necesidad de incluir normas que admitan que las personas puedan beneficiarse con los avances de la ciencia, pero debe primar el respeto de la dignidad humana porque al utilizar emplear técnicas de reproducción asistida se está empleando material humano, por ende se debe proteger el bien jurídico – común, y siempre manteniendo el orden público.

En la presente tesis observamos que no solo es una opción el que se deban de ajustar al gran avance de la ciencia o avance científico, por ende, existe una gran necesidad de proteger la especie y de evitar la comisión de actos ilícitos con el uso indiscriminado e indistinto de la reproducción asistida y de todas sus

variantes; para esto toman como modelos a los países europeos que ya cuentan dentro de su legislación con la regulación de las técnicas de reproducción asistida y todo lo que estas implican; basándose en la gran necesidad de brindar la correcta protección jurídica a las partes intervinientes en este proceso y sobre todo la protección jurídica del embrión poniéndole la condicionante que este debe ser considerado en todo momento como sujeto de derecho en todos los extremos.

Escudero y Minig (2016) en su tesis “Maternidad Subrogada” de la Universidad Nacional de La Pampa, tiene como objetivos el estudio de una nueva técnica de Reproducción Humana Asistida; ambas autoras llegaron a diferentes conclusiones siendo las más resaltantes para la presente investigación que si la maternidad se encontrara debidamente regulada no existiría ningún tipo de riesgo equivoco al utilizarla, de esa manera se pone fin a la inseguridad jurídica generada a consecuencia de la falta de una y concreta regulación expresa, es más, se detalla que la jurisprudencia ha ido subsanando los vacíos legales generados pero, a pesar de eso se ve la necesidad de legislar con la finalidad inicial que al momento del nacimiento del menor a través de la maternidad por sustitución este sea inscrito en el registro correspondiente como hijo de aquellas personas que desearon traerlo al mundo como convertirse en padres.

En la presente tesis, se observa que las autoras tienen presente la inmensa necesidad de la regulación de la maternidad subrogada, (necesidad compartida entre Perú y Argentina), con la finalidad de que se tenga un mejor y mayor control por parte del Estado, para corroborar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, y evitando así futuros conflictos y discusiones, o reclamos judiciales.

2.1.1.2. Nacionales.

En el contexto nacional, nuestro tema de investigación de la maternidad subrogada se fundamenta:

Pérez (2015) en su tesis “Presupuestos Éticos y Jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú”, tuvo como uno de sus objetivos analizar el alcance de la regulación de la Ley General de Salud, y definir los lineamientos éticos – jurídicos, y por lo tanto llegó a diferentes conclusiones, siendo la más relevante que los límites del presente artículo es el respeto de la dignidad de la persona humana, es decir, el del menor o concebido y el de la madre, también el respecto del cuerpo de la mujer para así evitar el uso como un instrumento experimental, para establecer ese límite la autora tomo la idea de que una persona siempre va a ser el fin no un medio.

De la presente tesis podemos analizar que la persona es un fin, entendido o relacionándolo con nuestra Constitución Política del Perú vigente, tenemos que la protección de la persona es el fin de la sociedad y del Estado, también tenemos que las TERAS no se encuentran bien reguladas en nuestro sistema jurídico, mostrándonos una gran necesidad de regulación.

Al analizar, dentro del ordenamiento jurídico se observa claramente que el concebido es reconocido, y en consecuencia sus derechos como el derecho a la vida el mismo que se da desde el momento de la concepción, la cual se sobre entiende como la unión del espermatozoide y el óvulo; dando paso a la creación de un nuevo ser; en nuestro país los TERAS se encuentran regulados, pero no de una manera adecuada, ya que las clínicas simplemente se basan en un solo artículo para el ejercicio de sus funciones.

Zaldívar (2016) en su tesis “Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada, Arequipa 2013”, tuvo como objetivos determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada, basándose en eso, concluyó que; en el correspondiente análisis de la jurisprudencia nacional acerca del tema de la maternidad subrogada es decir, las sentencias se observa claramente que son casos complejos por la situación jurídica generada pero son resueltos con fundamentos poco consistentes, utilizando solo como fundamento

el principio de interés superior del niño, teniendo como consecuencia que no se valoran los términos como la maternidad, paternidad, los cuales deben ser considerados de acuerdo al avance de la tecnología y de la misma manera no existe nuevas y probables formas de vínculos afectivos generando de esta manera incertidumbre jurídica.

En la presente tesis, se observa que el desconocimiento o incertidumbre de los profesionales al resolver los casos, ya sean jueces o médicos que se ven involucrados en los mismos; y el vacío legal que genera en el Código Civil, resolviéndose los casos con suma ligereza cuando en realidad es un tema importante, porque se encuentran en conflicto no solo los derechos sino también los deberes, tanto como de los padres biológicos como de los padres subrogados.

Villamarín (2014) en su tesis titulada “La Maternidad Subrogada en el Perú: ¿Problema O Solución?”, tuvo como objetivo establecer que la regulación de la maternidad subrogada tiene amparo legal constitucionalmente hablando, y que la regulación de esta debe ser orientada a permitir su realización con ciertas características de gratuidad y no de exigibilidad, teniendo como conclusiones que la regulación de las técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada es casi nula en nuestro ordenamiento jurídico, ya que el único artículo al amparo de esta es el artículo 7 de la ley general de la salud sabiendo que esta materia está dirigida a tratar la infertilidad e involucra el ejercicio de diversos derechos fundamentales, siendo estos los argumentos de necesidad para su regulación.

En la presente tesis, podemos concluir que la problemática de la no regulación de la maternidad subrogada en nuestro país es un gran problema, y por ende la solución es y sería regularla, este autor muestra en su tesis distinta problemáticas consecuentes a la no regulación, y que (una vez más) se toma como un tema simple, a la ligera.

2.2 Bases teóricas - científicas

En este punto desarrollaremos las teorías relacionadas al tema de investigación, de la necesidad de la regulación de la maternidad subrogada, para tal efecto vinculamos el problema con el marco teórico.

2.2.1. Doctrina

2.2.1.1. El Estado y los Derechos Fundamentales

Es necesario hacer mención de lo importante que son los derechos fundamentales; el nacimiento del término, se da inicialmente en Francia – 1770, a raíz de la gran Revolución Francesa y a esta se le suman grandes acontecimientos, dando como resultado inminente la regulación en ordenamientos jurídicos.

Existen diversos autores de le dan concepto al termino de Derechos Fundamentales, pero para hacer mención de estos, recurriré a la carta magna en nuestro país.

Para esto el artículo N°01 de la Constitución Política del Perú (1993) nos indica que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (p. 20).

Rubio (2012) nos indica que: “con esta norma se sobrepone a la persona humana como valor máximo, por encima de cualquier otro bien jurídico protegido” (p. 20).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) en la cuarta disposición final tiene cierta concordancia con la Constitución Política, nos indica que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, dotados como están en razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (p. 21).

Como una conclusión podemos indicar que, a la persona humana nadie le otorga derechos, pues cada uno de ellos nace con derechos inherentes. Por ende, no pueden ser negados en ningún extremo a nadie.

En la Doctrina Carlos Fernández Sessarego nos indica que el mencionado artículo, es el punto base, o el eje mediante el cual gira toda la interpretación de toda nuestra Constitución y demás normas que rigen nuestro país. Siendo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad la que constituye el derecho. En consecuencia, indica también, que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, en ella nace la obligación de estos últimos tanto de respetar y defenderla.

Como conclusión al presente comentario y artículo cabe indicar y resaltar que el Derecho fue creado con el fin de proteger a la persona, a su libertad personal con el objetivo que cada ser humano pueda desarrollarse de manera integral y cumpla con la realización de su proyecto de vida.

Como consecuencia, el anterior axioma jurídico, por la trascendencia que tiene, tendría que ubicarse en la cima de la normativa constitucional con la finalidad de mostrar o indicarla misión fundamental del Derecho la cual es proteger la libertad de cada persona a fin de lograr su realización humana integral en armonía con el interés social. Para obtener la finalidad indicada, el Derecho debe crear condiciones sociales, iniciando con la solidaridad, la justicia, seguridad e igualdad, que permitan la realización del “proyecto de vida” de cada uno de nosotros. La vivencia colectiva de los valores es la condición indispensable para la plena realización de la persona en el sentido de ser libres.

En el artículo que mencionamos (líneas arriba), observamos el compromiso o la relación existente en la protección de los derechos fundamentales entre el Estado y la persona humana.

El artículo 2° inciso número 1 de la Constitución Política del Perú (1993) actualmente vigente, nos indica a la letra: “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 lo que le favorece” (p. 22).

En el presente artículo también acudiremos al doctrinario Carlos Fernández Sessarego, el cual nos indica que nuestra constitución es la primera en el mundo que reconoce la naturaleza del ser humano, dándole al concebido la categoría de “sujeto de derecho” constitucionalmente, teniendo la capacidad de titular sus derechos y obligaciones; pero, nuestra Constitución indica que: “el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece” (p. 7), dándole un trato privilegiado.

Respecto al inicio de la vida humana, cabe resaltar que se inicia en aquel momento que se da la unión de los núcleos llamados espermatozoide y óvulo. Es en ese instante (fecundación o concepción) que surge un nuevo ser independiente de la madre; a la primera célula o a esta unión se le da el nombre de cigoto o huevo, de allí se deriva a la formación del individuo.

Como vemos en el análisis y la doctrina comentada de nuestra constitución, en el artículo 2, numeral 1, nos brinda claridad que el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece, para corroborar esta información también lo encontramos en el Código Civil peruano, la cual concuerda en todos sus extremos con el artículo número 1 de este cuerpo normativo vigente, ya que el concebido es sujeto de derecho en todo lo que le favorece patrimonialmente, bajo la condicionante de que esté nazca vivo; en ambos articulados tanto el primero como el segundo de nuestra constitución vigente tenemos que la persona humana y el concebido son sujetos de derechos y obligaciones cada uno contando indistintamente con su capacidad, siendo en todo momento la obligación de la sociedad y del estado brindarles protección y respeto.

2.2.1.2. Maternidad y filiación en el derecho de familia

Respecto a la familia uno de los conceptos jurídicos mejor definidos es el que nos brinda Héctor Goyena Copello, quien nos indica que la familia es la célula original del desarrollo humano y al mismo tiempo es la conexión cultural para el correcto crecimiento de los individuos que son parte integrante de la familia, y también la unión de estas conforman al Estado. En este sentido la familia forma parte de un medio social, en el cual participa activamente brindándole impulso y motivación para que este se desarrolle.

En conclusión, la familia es la base o el pilar de la sociedad, considerado desde un punto religioso, siendo la creación del varón y mujer el inicio del derecho de familia conceptualizando la Santa Biblia en su libro inicial, Génesis artículo 2, versículo 18 que nos indica a la letra: “No es bueno que el hombre este solo; le hare una ayuda semejante a él” (p. 50).

2.2.1.3. Noción fundamental de maternidad

Existen diferentes nociones acerca del tema de maternidad, veremos diferentes conceptos de diferentes autores:

Iniciaremos mencionando el principio de consanguineidad, Marcial Rubio Correa nos brinda un concepto básico acerca de la maternidad en el cual nos hace mención que la madre biológica es aquella que alumbró, da a luz y también indica que ella es la que debería cumplir con el rol de madre legal; Lacadena (2000) en uno de sus artículos nos indica que: “el cigoto es como se manifiesta el inicio de la vida del ser humano, ya que está es la célula única y es el resultado de la fecundación los gametos (femenino y masculino)” (p. 50).

Desde el punto de vista de la genética y la ética podríamos decir que, la unión sexual física entre el hombre y la mujer con la finalidad de crear vida o procrear ha sufrido una especie de ruptura con la aparición de las técnicas de reproducción asistida lo cual tiene como resultado la escisión entre la

reproducción y la sexualidad. Para la ciencia médica la maternidad es la relación establecida entre la madre y la creación del óvulo; al mismo tiempo nos indica que la maternidad gestacional se lleva a cabo con la gestación.

Entendemos que la madre biológica es en la que recae toda la etapa gestacional, la cual puede o no coincidir con la madre legal o genética, y esta última es la que brinda el material genético, el que es fecundado con el espermatozoide y nos da como resultado al cigoto, y éste crece y se desarrolla un nuevo ser. Para el autor Vásquez, la madre biológica es aquella que asume los efectos legales, obligaciones y derechos de la figura de la maternidad, esta puede ser la madre biológica o la madre genética.

2.2.1.4. La maternidad subrogada

Existen muchos puntos de vista para definir a la maternidad, inicialmente la maternidad es un estado propiamente dicho de la mujer, ya sea fruto de la adopción o de un proceso biológico. Actualmente, los avances de la reproducción asistida y los avances científicos han dado inicio a diferentes formas sociales de la maternidad, así como diferentes figuras jurídicas que ponen de manifiesto un gran cambio en diferentes parámetros tradicionales.

Un concepto histórico de la maternidad subrogada como práctica real se da aproximadamente en el año 1975. Desde ese momento se le ha dado diferentes nombres o denominaciones como gestación subrogada, vientre de alquiler, arrendamiento de útero, alquiler de útero, gestación por sustitución, arrendamiento de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta de otro, gestación por cuenta ajena, madre portadora, maternidad sustituida, maternidad suplente, maternidad por encargo, maternidad de alquiler, madres portadoras, madres de alquiler, y como denominación en inglés surrogated motherhood.

Mencionaremos a dos autores Aparisi y López, los cuales nos brindan algunas denominaciones como maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad subrogada, gestación por sustitución , gestación por contrato, entre otros términos que comparte el mismo concepto, que se refiere a la solicitud que se hace a una mujer de gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado; evidentemente una realidad que se está tornando cada vez más común y es la que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de las personas o parejas que se ven impedidas de concebir o gestar hijos por ellos mismos.

La posibilidad de procrear hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre que no es necesariamente el de la madre biológica a través del uso de las técnicas de reproducción asistida, la cual supone un proceso complejo no solo para los médicos sino también en el ámbito jurídico, bioético y socio cultural, para lo cual, según algunos autores explican lo complicado que es encontrar una definición para esta práctica, Ruiz (2006) indica que:

“(…) los intentos para unificar la nomenclatura no parecen dejar contentos a todos y se siguen postulando maneras de nombrar esta nueva forma de traer hijos al mundo; e incluso se han llegado a revelar diferentes nombres para referirse a la maternidad subrogada” (p.36).

El autor Lamm (2012) considera como un mejor término para definir esta práctica el de gestación por sustitución e indica que:

“Se inclina a esa denominación en que la mujer actúa como gestante, precisamente gesta a un hijo para otro. Ya que, maternidad es un término incorrecto por que engloba toda una realidad, en cambio la gestación no, y en la configuración con la palabra sustitución especifica que esta se realiza para otro, y este otro no puede hacerlo” (p.22).

La autora Arámbula (2008) nos brinda diferentes denominaciones la cual ha predominado el de maternidad subrogada, y esta se entiende como:

“La práctica mediante la cual una mujer gesta a un bebé por encargo de otra persona o de una pareja con los cuales se compromete a entregar al recién nacido y renunciar a sus propios derechos de madre, por lo general a cambio de una suma de dineraria” (p.33).

El autor Sánchez (2010) nos da una definición de la maternidad subrogada, y nos indica que:

“La gestación por sustitución o la maternidad subrogada es la práctica por la que una mujer acepta portar o llevar en su vientre a un bebé por encargo de otra u otras personas con la condicionante de que cuando llegue al término del embarazo, el bebé debe de ser entregado al comitente o los comitentes, y esta mujer portadora debe de renunciar a los derechos de filiación sobre el menor gestado. Tratándose de un procedimiento básico en el uso de técnicas de reproducción asistida tradicionales, es decir la inseminación artificial (IA) o fecundación in vitro (FIV) (p.8).

Al mencionar a la autora Arámbula, tenemos que hablar de diferentes conceptos o definiciones, ya que nos dice que la madre que va a ser la subrogante o la subrogada, no tiene un tipo o perfil definido, pero esta puede ser soltera, casada, divorciada, heterosexual, pero el detalle relevante es que, si está es casada, su marido concurriría en padre legal, lo que podría tener como consecuencia de que este puede reclamar la paternidad del bebé gestado si él lo desea; otro elemento significativo es la titularidad del material genético y el útero que gesta.

También la misma autora indica que no es correcto indicar como “maternidad subrogada” aquellas situaciones en las cuales no solo se brinda el vientre sino también se entrega carga genética para el feto, como los óvulos para la gestación de un niño que deberá entregar a otra y/u otras personas. Como consecuencia de lo anterior la autora nos indica que la verdadera subrogación presupone que el embrión es ajeno, y que este es implantado en una mujer que ha aportado carga genética u óvulos para la procreación brindándonos la siguiente figura:

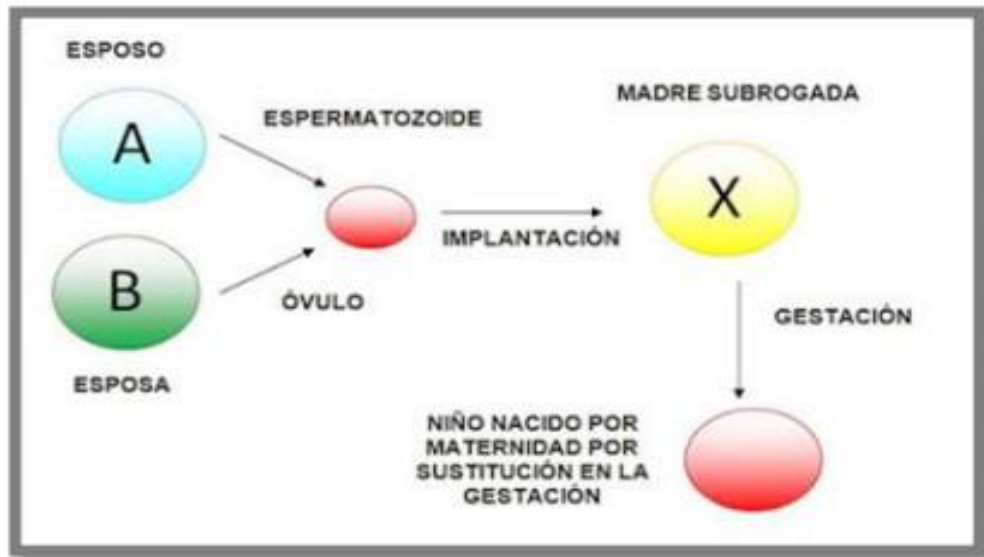


Figura 1. Maternidad Subrogada propiamente dicha. Fuente: Arámbula, Ana Lizbeth. (2008)

A manera de conclusión podemos indicar que según las definiciones brindadas por los autores es que la maternidad subrogada se da cuando la pareja (marido y mujer) aportan su carga genética y producto de esa unión nace un embrión que es implantado en una mujer que será llamada la madre subrogada, la cual llevará la gestación.

2.2.1.5. Clases de maternidad subrogada

Cuando hablamos de la maternidad subrogada, tenemos que tener en cuenta que podemos deducir dos clases de maternidad subrogada, una es la maternidad por subrogación propiamente, y la otra es la maternidad subrogada como madre portadora.

- a. **La madre por subrogación propiamente dicho**, se configura en el momento en que una mujer acepta la inseminación artificial con el espermatozoide del marido de una mujer estéril, y entrega al bebé al nacer; por tanto, es madre biológica gestadora y generadora.

- b. **La madre portadora**, esta denominación se configura cuando la mujer cumple con llevar un embrión genéticamente ajeno y, el cual es implantado en su útero; lo que nos indica que el embrión puede ser de la pareja solicitante o también puede ser de donantes

Bajo la anterior premisa se pueden presentar seis formas:

- Cuando el óvulo y el semen son de una pareja “la contratante”.
- Cuando el óvulo es de la esposa “la contratante” y el semen de un “donador”.
- Cuando el semen proviene del esposo “contratante” y el óvulo es de una mujer cedente o donadora.
- Cuando el óvulo y el semen provienen de donadores o cedentes.
- Cuando el óvulo es de la madre subrogada o madre de vientre de alquiler y el semen es del esposo contratante.
- Cuando el óvulo es de la madre subrogada y el semen de un donador o cedente.

Para Alarcón (2009) solo existen dos modalidades o dos formas de maternidad por sustitución:

1. **La maternidad por sustitución – simple**; la cual se configura cuando la mujer lleva en su vientre y trae a la vida al bebé, y además aporta al proceso gestacional material genético ya que ella es la productora del óvulo fecundado.
2. **La maternidad por sustitución en la gestación**; esta figura se da cuando la mujer gesta y da a luz al bebé, pero no aporta material genético alguno al proceso ya que está no es productora del óvulo fecundado.

Esta última figura se da cuando dos esposos aportan material genético para la fecundación e inicio de vida de un nuevo ser; es decir, el marido aporta el espermatozoides y la mujer el óvulo, y este último fecundado se

implanta en el útero de la mujer que llevará a cabo con el proceso de la gestación, la cual tiene como resultado el parto (p.35).

2.2.1.6. Derecho a la salud – salud reproductiva

El derecho a la Salud según nuestra legislación, comprende diferentes géneros, es decir, derecho a la salud física, derecho a la salud mental, pero tomaremos en la presente el derecho a la salud reproductiva.

Entendiendo que las técnicas de reproducción asistida o TERAS, son métodos que tienen por finalidad dar solución a la infertilidad de los seres humanos, brindándonos la esperanza de poder tener descendencia.

Para hacer mención a las mismas debemos resaltar que el inicio de estas técnicas de reproducción asistida se produjo con el descubrimiento de la fecundación “in vitro”; es decir, que desde ese momento se dio inicio a hechos en los cuales la fecundación se puede realizar con un tubo de ensayo, fuera del claustro materno, dándose inicio a la diferenciación de términos y situaciones entre la maternidad genética y la maternidad gestacional, también es posible disponer de embriones alojados en una probeta, dándose inicio a la técnica de congelación de embriones.

El óvulo se encuentra alojado dentro del aparato reproductor femenino, y el embrión es aquel ser vivo de la raza humana que venía naturalmente protegido dentro de la matriz, ahora con la salida del óvulo para encontrarse en una probeta con el esperma masculino, siendo esta situación una revolución para diferentes ámbitos como la genética y el derecho.

Para conocer un poco acerca de la fecundación “in vitro”, tenemos el primer caso de un nacimiento de una niña en Inglaterra en el año 1978, y en nuestro país desde hace aproximadamente una década, tanto biólogos y médicos han aplicado con éxito clínico las técnicas de reproducción humana asistida, tales como la

inseminación artificial, la fertilización “in vitro” con transferencia de embriones (FIVTE), la transferencia intratubaría de gametos (GIFT) y últimamente la intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI).

Como era de esperarse la problemática ética a raíz de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida se estudió en diversos países europeos por médicos, científicos y biólogos; pero prácticamente al mismo tiempo la sociedad en general acude a los juristas la demanda de dar soluciones a la problemática legal generada por poner en práctica el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Cabe resaltar que los avances científicos siempre se adelantan al derecho, quienes se demoran por lo general en otorgar una solución jurídica a los problemas planteados en la praxis. La falta de sincronía entre el derecho y la ciencia, da cabida al vacío jurídico respecto a los problemas concretos con repercusiones de naturaleza civil y penal.

Entonces, si las técnicas de reproducción asistida nos generan problemas jurídicos como; ¿Quiénes serían las posibles usuarias de las técnicas?, el embrión “in vitro” y su status jurídico, la inseminación artificial, el embarazo “post mortem”, la fecundación “in vitro”, el embarazo por sustitución, los bancos de semen, la crio conservación de embriones y la investigación y experimentación sobre embriones humanos.

2.2.1.7. Derecho de la privacidad respecto a la maternidad subrogada

Respecto a la privacidad del uso de la técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada, tenemos dos derechos que se encuentran de alguna manera en conflicto, estos son tanto el derecho de la intimidad o privacidad de los padres como al derecho de la identidad de la menor, dándonos como resultado y por primacía de derechos del menor, esto como consecuencia de la larga evolución de los derechos del niño y del adolescente, y este tiene derecho a

conocer a su identidad, y por ende quienes son sus padres biológicos, en este caso su la maternidad subrogada se lleva bajo la figura de subrogación total; de manera contraria a lo que sucedería si la maternidad subrogada parcial, en la que se lleva carga genética o gametos de los padres intencionales y por ende biológicos.

2.2.1.8. Principio del Interés Superior del Niño

El interés superior del niño en nuestra legislación la entendemos como principio fundamental y garantía, que tiene por finalidad la lucha por la preservación, tutela y libre ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y quien lo tutela los interese de los menores es el Estado, asegurando que se desarrollen en un ambiente en el cual se respeten sus derechos fundamentales como persona y por su condición de encontrarse en una etapa de desarrollo y vulnerables, por ende requieren de una protección especial.

Por los que se debe de tener en cuenta que este principio se aplica de manera universal en todo nuestro ordenamiento jurídico, y como consecuencia se debe de aplicar y ponderar como finalidad.

En el derecho de la familia encontramos la formulación del principio del interés superior del niño y un avance significativo del mismo, que supone un gran cambio desde la Convención de Derechos del Niño y su atribución del carácter del sujeto de derecho al niño cuya opinión debe ser oída para determinar qué es lo más conveniente para sus intereses, debiendo tener un peso fundamental dependiendo de su edad y su madurez.

Este tema sobre el interés superior del niño es interpretado por diferentes personas o instituciones que la utilizan, dándole muchas veces contenidos o interpretaciones distintas, sin embargo, este principio es el que nos permite y obliga a asegurarles al niño y al adolescente el cumplimiento de una serie de derechos fundamentales encaminados a su desarrollo integral y completo.

2.2.1.9. El derecho al nombre, a la identidad del menor y a la filiación

Para darle una definición al nombre, recurriremos al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social –MIMP; que nos indica que el nombre es el signo distintivo de por vida que cada uno de nosotros tenemos, permitiéndonos identificarnos e individualizarnos.

Según lo anterior, entendemos que toda persona tiene derecho al nombre, lo cual se hace completamente efectivo a través de la inscripción del nacimiento del menor en la entidad estatal correspondiente, que es la Oficina de Registro de Estado Civil – RENIEC, este hecho es un requisito indispensable del Estado para el reconocimiento de la persona como ciudadano peruano, ya que a partir de la inscripción del nacimiento la persona adquiere existencia y legal y por lo tanto la posibilidad de la protección plena por el Estado y ejercer todos sus derechos.

Para hablar de RENIEC, la partida de nacimiento es un documento mediante el cual se acredita el nacimiento, y por ende la existencia de una persona, esta se llama asiento registral y sus certificaciones correspondientes como: del hecho de la vida, generación materna y paterna (salvo omisiones de legitimidad), apellido familiar y del nombre propio, de la edad, del sexo, de la localidad en que surge a la existencia, que lleva consigo la nacionalidad, de la soltería, mientras no se ponga nota marginal del matrimonio.

Con lo que respecta a la filiación entendemos que es la relación jurídica existente entre los progenitores y sus descendientes directos, primer grado (padre o madre; hija o hijo), la cual se obtiene para el correcto reconocimiento de la paternidad o maternidad de un bebé; la partida de nacimiento acredita la filiación y paternidad, la nacionalidad por la estirpe, entre otros.

Entonces el nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. Respecto al derecho de la identidad el cual se encuentra consagrado en nuestra carta magna en inciso 1 del artículo 2, entendiéndose como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido.

2.3. Norma

2.3.1. Ámbito Internacionales

Actualmente, aun no existe algún convenio, acuerdo internacional o tratado internacional mediante el cual se regule el tema de Maternidad Subrogada, entonces, tenemos que cada país es soberano y por ende usa sus propios criterios y realidad social, cultural entre otros, para la regulación de este tema.

Por consiguiente, hay muchos países (como el Perú) que no regula este tema, como también existen muchos países que si, por ende, los padres intencionales recurren o viajan a otros países para hacer efectivo el uso de las técnicas de Reproducción Asistida, es decir la maternidad subrogada.

- a. Pacto Internacional De Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el Artículo 10º. - Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:
 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.
 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (p. 3 – 4)

b. Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José, 1969) en el Artículo 17º. - Protección a la Familia, nos indica que:

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. (p.8)

c. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador” (1988), respecto a Derecho a la Salud, en el Artículo 10º nos indica:

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.
2. Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:
 - a. La atención primaria de la salud, entendiendo como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;
 - b. la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;

- c. la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.
(p.4)

2.3.2. Legislación comparada

Respecto a la legislación comparada que regulan las técnicas de reproducción humana asistida en diferentes países como España, Alemania, Inglaterra, Suecia, Francia, Grecia, Tailandia; aunque existen algunas contradicciones entre ellas, por o existir un criterio uniforme; en base a esto podemos indicar que existen dos posturas o tendencias legislativas una que da donde se enmarca claramente el desarrollo técnico y la segunda es la que protege en todo momento a la persona humana, y en esta tomaremos como referencia la segunda.

2.3.3. Constitución

En nuestro país no existe algún ordenamiento jurídico especializado en la materia que regule propiamente las técnicas de reproducción asistida, pero si encontramos diferentes artículos que analizaremos, pero están ubicados en diferentes normativas.

Inicialmente tomaremos como base nuestra Constitución Política del Perú (1993), articulados que protegen o consagran derechos fundamentales; como el artículo 1, el cual hace referencia a que: “El fin supremo de la sociedad y el estado son la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad” (p. 21). Además, el artículo 2, indica que todas las personas tienen derechos inherentes como:

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” (p. 23).

2.3.4. Ley de Propiedad Industrial

En el decreto Legislativo N°823 – Ley de la Propiedad Industrial (1996) mencionaremos de manera específica el artículo número 28 incisos d que indica: “Que no son patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo” (p.17).

2.3.5. El Código de los Niños y Adolescentes

El Código del Niño y del Adolescente – Decreto Legislativo N° 26102 (2000), en el libro primero de derechos y libertades, en el capítulo I de los derechos civiles, encontramos: “A la vida e integridad. - art. 1. El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción” (p. 673).

En este código u artículo tenemos que, se garantiza la vida del concebido en todo momento, protegiéndolo de experimentos y manipulaciones genéticas contrarias a la integridad y al desarrollo físico o mental.

2.3.6. Ley N° 26842 – Ley General de la Salud

En la Ley N° 26842 - Ley General de la Salud (1997) encontramos el título *De los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, lo que tomaremos en cuenta el análisis:*

Artículo N°7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de la madre genética y de la 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. (p.4)

Como podemos ver en los artículos anteriores, respecto al derecho positivo carecemos de una norma expresa, la cual regule el avance de la ciencia – genética

y su influencia sobre las relaciones sociales; pero existen articulados de manera dispersa sobre la materia, pero estas son insuficientes para dar efectiva protección jurídica al sujeto de derecho.

En tal sentido es de vital importancia contar con una legislación acorde al tema que regule los avances de la genética en beneficio del ser humano, sobre la base de protección al embrión y a las personas que recurren a estas técnicas.

Es importante resaltar que debe existir un texto normativo especializado, el cual unifique y pueda regular criterios y esta problemática jurídica relacionada al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, manteniendo en todo momento la finalidad principal que es la protección a la persona en todo sentido, así como lo ordena nuestra legislación.

2.4. Jurisprudencia

Como ya tenemos en conocimiento, en la actualidad no contamos con legislación que proteja la gestación subrogada o maternidad subrogada. Por ello al no encontrarse legalmente amparada ni tampoco prohibida, se han dado diversos casos en nuestro país, los cuales han sido resueltos por las entidades judiciales competentes:

En Utah - EE. UU, las parejas que acuden al uso de las técnicas de reproducción asistida – gestación subrogada, se gastan un promedio integro de 60.000 (sesenta mil dólares americanos), cifra que una pareja se ahorró al recurrir a la madre de ella.

Este caso, es ejemplo claro de la maternidad o gestación subrogada entre familias, caso que se suscitó a mediados del 2013-2014, de Julia Navarro, mujer que gesto en su vientre a su nieto teniendo 58 años de edad, el cual vendría a ser hijo de Lorena Gonzales Navarro, hija de J.N.

La señora Julia Navarro, es de origen peruano y reside en Utah, ella se ofreció a gesta al hijo de su hija después de que Lorena pasara por situaciones complicadas por años como abortos naturales, y como solución a su problema acudieron a la técnica de maternidad subrogada.

Al inicio la pareja de Lorena y su marido quisieron recurrir a la ayuda de una amiga cercana, pero no se pudo por las exigencias planteadas. Para la señora Navarro el sufrimiento de su hija al no poder tener hijos y esta situación fue la que la llevo a tomar tan importante decisión de gestar a su nieto. A pesar que los médicos indicaran que la probabilidad de éxito no superar el 45%, la familia siguió decidida y adelante con la decisión y finalmente nació un bebé completamente sano por cesárea en territorio estadounidense.

2.4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Caso N° 01

Este caso fue resultado en la sentencia del 06 de diciembre del 2011, por la Corte Suprema de Justicia, con número de expediente 563-2011 Casación – Lima, siendo el primer caso aprobado respecto al vientre de alquiler.

Como resumen del caso, tenemos al matrimonio conformado por la Señora D.F.P.Q y el señor G.S., quienes acudieron a I.Z.C.M. la gestación de su futuro hijo, el cual sería entregado al momento de su nacimiento; el matrimonio pago a la gestante por subrogación la cantidad de 18.900 \$ USD (dieciocho mil novecientos dólares americanos), para la respectiva fecundación, se utilizaron el esperma del señor G.S.

Cuando el menor nació, la filiación materna se dio tal y como nos indica la ley, siendo que se estableció a favor de la gestante; y la filiación paterna, se inscribió a favor de su marido; por ende, el padre biológico del bebé no es el mismo que el padre legal. El Señor G.S. no solo vendría a ser el padre

biológico del menor sino también vendría a ser el tío abuelo de la menor, por tener parentesco con la señora I.Z.C.M.

Existía un acuerdo, el cual era que apenas nazca la menor sería entregada a los padres intencionales, por esto se inició un proceso de adopción por excepción para que se les entregara la filiación correspondiente de la menor. El detalle es que la pareja que tomo la decisión de gestar a la menor se desiste del acuerdo e interponen un recurso de casación mediante el cual indican como causales que son realmente carentes de sustento para la Corte Suprema.

La Corte estableció la existencia de un conflicto entre el interés superior de la niña de tener una familia y el derecho de los padres demandantes de querer ejercer la patria potestad.

La Corte tomo en consideración el comportamiento de la gestante y de su pareja, los cuales al inicio de toda esta situación estaban más que dispuestos a renunciar al bebé por una suma de dinero, y basándose en esto, resolvió indicando que prima el interés superior de la niña y que debe de continuar viviendo con los padres intencionales.

En la presente observamos que en todo momento se protege el interés superior de la niña, solo resolviéndose las controversias solo basándose en este principio, siendo tomado con mucha ligereza.

Tenemos conocimiento que el Principio de Interés Superior del Niño es el todo y tiene consigo diferentes derechos conexos, deberían de tenerse en cuenta que, al resolver las sentencias o casos con un sentido más específico, como, por ejemplo; tener en consideración la valoración de los diferentes derechos como el de los padres voluntarios o intencionales ya que ellos son los que le pueden dar a la menor mejor calidad de vida.

(Anexo N°1)

Caso N° 02

En este caso, suscitado en nuestro país, el Poder Judicial emitió sentencia el día 21 de febrero del 2017, con expediente N°06374-2016-0-1801-JR-CI-05, esta fue emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima 5to Juzgado Especializado en lo Constitucional, dejando precedente en técnicas de reproducción asistida TERAS / vientre de alquiler.

Como resumen, el Poder Judicial en 1° instancia, ordena a RENIEC (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) que inscriba al matrimonio como padres legítimos, de dos menores que nacieron bajo la modalidad conocida como vientre de alquiler; siendo la madre legal no gesto el embarazo ni apporto óvulo.

En el año 2005, el señor F.N y la señora A.B. contrajeron vínculo matrimonial. Y después de muchos intentos de tener hijos y no lograrlo ambos decidieron recurrir a las técnicas de reproducción asistida – fecundación “in vitro”. En el año 2011, la señora A.B se sometió al método de Ovodonación y la implantación del mismo en su útero. Este procedimiento tampoco tuvo éxito, trayendo como consecuencia que su única solución es acudir a su única alternativa la modalidad de vientre de alquiler.

De esa manera es como la señora E.R. (amiga del matrimonio y casada) acepta llevar el embarazo; llegando a un acuerdo privado entre ambas parejas sobre el útero subrogado el cual no implico contraprestación económica. El Cigoto que fue implantado en el útero de E.R. estaba conformado por los espermias de F.N. y los óvulos de una donante anónima (es decir, la mujer solo gestaría el embarazo y no aportaría carga genética alguna).

El día 19 de noviembre del año 2015, E.R. dio a luz a dos mellizos en el hospital de la Maternidad de Lima. El detalle es que el médico tratante

inscribió a la gestante (E.R.) como la madre biológica en el Certificado de Nacido Vivo de ambos menores, pese de que ya tenía de conocimiento que el embarazo era producto de TERAS y que óvulo fecundado tampoco era suyo; y también se inscribió como padre al señor F.N. (ya que se utilizó su espermia para fecundar el óvulo. Como consecuencia la RENIEC inscribió a ambos menores con los datos del Certificado de Nacido Vivo.

El conflicto legal se da porque el matrimonio de F.N. y A.B. iniciaron los procedimientos de rectificación de inscripción sobre las actas o partidas de nacimientos ante la RENIEC, pero dicha entidad declaró improcedente la solicitud. Por ese motivo el día 4 de mayo del año 2016, F.N. y A.B. junto con la señora E.R. y su esposo interpusieron una demanda de amparo contra RENIEC ante el Poder Judicial, en el cual la entidad sustenta que la señora A.B. no acreditaba vínculos filiales ni tampoco vínculos biológicos con ambos menores, por lo que, debió emplear el proceso de adopción para inscribirlos como hijos suyos.

Este proceso lo resolvió el 5to Juzgado Constitucional de Lima, y emitió sentencia en primera instancia. Declarando en su fallo fundada la demanda de amparo y ordeno a RENIEC a que anulara las actas de los mellizos y emitiera nuevas, en las que debe de considerar a F.N. y A.B. como los padres legítimos de los menores.

En dicha sentencia el Juez Velásquez, recalco que la Ley General de Salud establece en su artículo 7 que todas las personas tienen derecho a hacer uso de las TERA *“siempre que la condición genética y de la madre biológica debe de recaer sobre la misma persona”*, pero no existe una *“prohibición expresa”* de la norma frente a diversos supuestos, como es el presente caso.

(Anexo N°2)

Caso N° 03

Desde el año 2011, la pareja de esposos chilenos, Madueño y Tovar, se han sometido a diferentes tratamientos para su infertilidad y no han obtenido resultados favorables, teniendo como una opción alquilar un vientre o acudir a la técnica de reproducción asistida de la maternidad subrogada, ellos hicieron estos tratamientos en su país de origen Chile, y dentro de sus opciones encontraron la clínica Concebir ubicada en nuestra capital, Lima. Al someterse a técnica de vientre de alquiler, el día 28 de julio del 2018, nacieron dos hermosos mellizos.

El día 25 de agosto la pareja chilena fue detenida en el aeropuerto internacional Jorge Chávez, acusándolos de falsificación de documentos (pertenecientes a los menores) y de trata de personas.

Cabe señalar que la persona que subrogó el vientre fue una mujer de nacionalidad peruana, que en pleno uso de su raciocinio y voluntad indica en el atestado policial que ella fue quien gestó a los bebés.

A demás en el presente caso la pareja chilena indicó en todo momento que hizo la documentación necesaria y correcta que indicó el abogado de la clínica e inscribieron a los bebés en el Registro Civil.

A esta pareja se le dicta 12 meses de prisión preventiva acusándolos por los delitos ya mencionados líneas arriba, los expertos del tema ya se pronunciaron y la Dra. Chary Rodríguez, indica que el artículo 7 de la Ley General de la Salud, si bien es cierto nos hace mención de las técnicas de reproducción asistida – teras, este no es una prohibición para el uso del vientre de alquiler, y otros especialistas indican que para que esta técnica sea una prohibición debe existir ley expresa, la cual no es existente en nuestra legislación nacional.

2.5. Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad

La Dra. Claudia Morán, en su libro “El concepto de Filiación en la Fecundación artificial”, capítulo II – Maternidad Subrogada, nos explica las teorías de los presupuestos determinantes de la maternidad; y que además existen diversas corrientes o teorías que buscan en todo momento determinar la filiación. Bajo esta premisa tenemos diferentes posiciones doctrinarias para determinación de la maternidad en los casos de gestación subrogada, siendo tres:

2.5.1. Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento

biológico

En materia o la doctrina civil se mantiene una posición completamente firme respecto a determinar la maternidad, siendo un presupuesto determinante el elemento biológico de la gestación el parto, siendo un criterio fundamental para la designación de la madre legal.

Para el autor Tabuchi (2009) quien afirma que “tratándose de la maternidad, la determinación se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor tipo sociológico”; también indica que se es madre por naturaleza; a diferencia de lo que puede o no suceder con la paternidad; teniendo como elemento natural en la maternidad una tal importancia que puede desestimar una investigación sobre ese u otros aspectos.

Como consecuencia a lo anterior, tenemos que, en la maternidad, no se puede separar el elemento de la responsabilidad ya que, se encuentra ligada con elemento de la veracidad, y ambos son fundamentos suficientes para la determinación de la posesión de la madre.

El mismo autor indica que la tarea de la mujer gestante no es una tarea para encargar a otra persona, ya que, está destinada a formar y desarrollar al propio hijo. De esta forma la responsabilidad, tienen una relación vital entre la

sociedad y el nacido, y debe de ser completamente asumida por la mujer que dio a luz.

El papel desempeñado por la gestante es de causa eficiente ab extrínseco en la vida del nacido; ya que, la negación de la maternidad por parte de la mujer que trajo al mundo al nacido, debe de demostrar *causa negativa* para que se excluya la relevancia social que tiene sobre la humanidad del menor.

A modo de conclusión el autor indica, la importancia que tiene el papel del elemento de la responsabilidad en las relaciones parentales, ya que la madre es por fuerza natural; el padre tiene el reconocimiento en virtud de la construcción social.

2.5.2. Teoría que toma como presupuesto determinante al elemento volitivo

Para el autor Vercellone (2011) el reconocimiento de la presencia del elemento voluntario en la maternidad, concordante con el principio de la voluntad de la creación, madre es aquella mujer que guarda una relación biológica con el menor pero también desea tener al hijo para sí misma.

En consecuencia, se debe de excluir la responsabilidad de maternidad de la mujer que se limitó a donar su óvulo o la mujer que solo llevo adelante el proceso de gestación y dio a luz a un hijo, el cual no tiene aporte genético y que es encargo de otra.

Las tesis que defienden el elemento de la voluntad han implicado un gran cambio sobre la consideración tradicional determinante de la maternidad “el parto”.

La doctrina actual reconoce que la maternidad se puede determinar legalmente con la presencia del elemento biológico o genético el cual puede fundamentar exclusivamente en la intención o el deseo.

2.5.3. Teoría que toma como presupuesto determinante el elemento genético

Según el autor Gorassini (2006) existe el uso de la lógica como método importante, lo que quiere decir que por lógica de la gestación se crea un vínculo fuerte con el nacido, la cual se desmiente con la lógica del sentido común. Es decir, si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la mujer negra. De la misma forma, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene un vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno. A esto se añade que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde su utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a la máquina incubadora.

De esta manera se crean argumentos, un argumento a favor de la madre genética, ya que el menor se parece genéticamente a ella; y un argumento a favor de la madre gestante, ya que ella durante el proceso de la gestación que se produce vínculo intenso entre la gestadora y el feto que crece en su vientre y el acto del alumbramiento.

2.6. Triangulación

Tabla 1

Triangulación de teorías

Proposiciones Teóricas	Interpretaciones
1. Teorías de elemento genético.	1.1. La madre genética vive con mayor intensidad la maternidad que la madre uterina.
2. Teoría del elemento volutivo.	2.1. Se toma en consideración la voluntad de ser madre.
3. Teorías del elemento biológico	3.1. La madre gestante es en un primer punto determinante de la relación parental.

Relaciones empíricas (Semejanza)	Contraste
1.2. La teoría de elemento genético que, la madre genética y no la gestante es la que tiene mayor conexión con el feto.	1.3. La madre genética tiene la conexión más fuerte con el feto, ya que este va a resultar con su ADN y por ende con sus características físicas
2.2. La Teoría Volutivo; nos lleva a tener en ponderación la voluntad y deseo de ser padres, para tener en cuenta.	2.3. El hijo es de quien desea y quiere ser padres con la ayuda de diferentes métodos de reproducción asistida.
3.2. La teoría del elemento biológico nos dice que la figura de maternidad no se puede desglosar por que la madre es quien da a luz.	3.3. El elemento biológico genera una controversia en la determinación de la madre biológica o madre subrogada.

Selección de las mejores propuestas	Formulación Teórica
1.4. La madre genética es la más importante en la presente relación madre – hijo.	Las teorías de la maternidad ayudan a determinar la relación madre – hijo, como la voluntad, la biología, y por último el elemento biológico, ya que la carga genética es de la madre intención.
2.4. La voluntad es determinante para la filiación correspondiente.	
3.4 El elemento biológico es importante para la relación parental.	

2.7. Definición de términos

Gestación subrogada

La gestación subrogada tiene diferentes términos para nombrarla como hemos ido viendo en el desarrollo de la presente tesis, para darle una definición resumida a base de todos los autores ya citados anteriormente, podemos decir que la gestación por subrogación es una técnica de reproducción asistida mediante la cual una mujer gesta a el hijo de otra persona o pareja por encargo.

Infertilidad

Para darle una definición simple a este término acudiremos a la Organización Mundial de la Salud OMS (2016), la cual la define como: enfermedad que afecta el sistema reproductivo y/o la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 1 año o más de tener relaciones sexuales no protegidas. También se define como enfermedad que tiene diversas situaciones o efectos en la salud física o mental, emocional, psicológica, social hasta religiosa en las parejas que sufren a causa de esta enfermedad.

Principio del interés superior del niño

López-Contreras (2015) define que:

“El principio de interés superior de niños y niñas como el principio fundamental y de aplicación obligatoria en los procesos de niñez y adolescencia. Este principio se encuentra establecido en diferentes cuerpos normativos como el artículo 3 de la convención sobre los derechos de los niños y niñas”. (p. 55).

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y diseño de investigación

El tipo de investigación es tipo básica; para el autor Aranzamendi (2015) nos infiere que es Básico - Propositivo, ya que el presente estudio terminará con una propuesta legislativa, la cual pronostica situaciones a futuro, también busca analizar el vacío legal y determinar las deficiencias y límites, toda vez que nuestro problema de investigación es: “La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana” (p. 230).

Respecto a los autores Hernández, Fernández y Baptista (2014) nos indican que el diseño es no experimental – transaccional descriptivo, porque se obtienen los datos o información en un solo momento y tiempo único; con el propósito u objeto de describir las variables y hacer el análisis de incidencia e interrelación en un momento dado (p. 154-155).

En la misma línea para el autor Samperi (2014) el diseño de la investigación es transaccional ya que cuenta con una variable la cual se estudia como propuesta legislativa, ante la inexistencia de la norma que pueda proteger la maternidad subrogada (p.127).

Para el autor Witker (2011) el tipo de investigación es jurídico – propositivo porque cuestiona una ley vigente, y propone cambios de la misma. (p.38)

En consecuencia, el tipo de investigación a utilizar en la presente, es propositivo, porque se ha analizado la ausencia de la norma jurídica en nuestro ordenamiento legal y la necesidad que se tiene, con el principal objetivo de contribuir a la protección de derechos fundamentales de las partes intervinientes.

En tal sentido, la presente tesis es:

- Tipo: Básico – Propositivo.
- Diseño: Transversal – Descriptiva.

3.2. Población y muestra

Lepkowski (citado por Hernández, Fernández y Baptista, 2014) piensa que la población es aquel conjunto de todos los casos que tienen un punto de conexión o relación en los que concuerdan una serie de especificaciones (p.174).

Por esta razón la población de estudio en la presente tesis de investigación está conformada por 11 especialistas en materia civil, asimismo, se ha considerado las normas civiles del derecho de familia - código civil peruano, código del niño y adolescente, la Constitución Política del Perú, la Ley General de Salud como población, las cuales son aplicables en nuestro país y se encuentran vigentes.

Las cuales son normas, las cuales regulan aspectos como el derecho a tener una familia, a la identidad, el derecho a hacer uso de las técnicas de reproducción asistida, el derecho a gozar y crecer en un ambiente saludable, el derecho a ser madre, al principio de interés superior del niño.

3.2.1. Muestra

Con respecto a la muestra, los autores Hernández, Fernández y Baptista (2014) nos indican que las muestras no probabilísticas son un procedimiento de selección por características, más que un criterio estadístico de generalización. Y son utilizados en diferentes investigaciones, ya sean cuantitativas y / o cualitativas (p.198).

Es por ello que en la presente tesis se utilizó como base de muestreo al no probabilístico por conveniencia, por lo tanto, la muestra queda constituida el libro III de derecho de familia de la sección primera a la cuarta del código civil, asimismo el Decreto Ley N° 26102, en el Libro Primero de Derechos y Libertades, capítulo I – Derechos Civiles del código del niño y adolescente, de igual manera se tocara el título I de la constitución política del artículo 1 al 4 y 11 abogados con

especialidad en materia civil, y por último la ley general de la salud 26842, el artículo 7.

Los 11 abogados son especialistas en materia civil, ya sea como litigantes o catedráticos, los cuales fueron elegidos por conveniencia.

3.3. Hipótesis

Con respecto a la hipótesis los autores Hernández, Fernández, y Baptista (2014) establecen que:

Las hipótesis son guías de la investigación; indican lo que tratamos de probar y se definen como explicaciones tentativas del fenómeno que se está investigando. Están se forman en base a las teorías y se formulan en manera de proposiciones. Es decir, son respuestas momentáneas a las preguntas de la investigación. Es más, el uso de las hipótesis es tan común que las usamos en la vida diaria y constantemente. Ejemplo, si nos preguntamos “¿Le gustare a Juan?”, la hipótesis seria: “Le resulto atractiva a Juan”, siendo una explicación tentativa y está formulada como proposición; después se investiga si se acepta o se rechaza la hipótesis, y se observa el resultado (p.104).

3.3.1. Hipótesis general

Hi: Es factible y necesaria la implementación jurídica la maternidad subrogada en la legislación peruana para el completo reconocimiento de los derechos.

Ho: No factible ni necesaria la implementación jurídica la maternidad subrogada en la legislación peruana para el completo reconocimiento de los derechos.

3.3.2. Hipótesis específicas

➤ Hipótesis específica 1

Hi: Los derechos como, el derecho de la salud reproductiva, derecho de la identidad del menor, el principio del interés superior del niño, el libre desarrollo del menor, y privacidad no entran en ningún tipo de conflicto con las normas vigentes ni con la Constitución.

➤ Hipótesis específica 2

Hi: Al regularse la maternidad subrogada en la legislación civil peruana, esta no debe de tener mayor relevancia que los demás derechos o tipos de procreación, simplemente adquiere una misma jerarquía normativa, y esta no entraría en conflicto con ninguna norma imperativa.

➤ Hipótesis específica 3

Hi: Al Implementar y regular la maternidad subrogada en la legislación civil peruana se permite la correcta protección del derecho de la salud reproductiva, ya que esta se encuentra regulada en la ley general de la salud y en consecuencia este estaría mejor regulado.

➤ Hipótesis específica 4

Hi: Al implementar la protección del derecho de la identidad del menor a través de la regulación de la maternidad subrogada y además regular la protección del libre desarrollo del menor a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación nacional no entra en conflicto con ninguna norma imperativa porque se protege al menor el cual es sujeto de derecho.

➤ **Hipótesis específica 5**

Hi: Al regular se puede proteger el derecho a la privacidad, así como la protección del principio del interés superior del niño a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.

3.4. Tipo y Operacionalización de la variable

Tabla 2

Variable

Variable 1

La Regulación de la Maternidad Subrogada en la legislación civil peruana

3.4.1. Operacionalización de Variable

Tabla 3

Operacionalización de la Variable

Variable	Definición Constitutiva	Dimensiones	Indicadores	Ítems
Regulación de la Maternidad Subrogada en la legislación peruana.	Según el autor Sánchez (2010), nos define que la maternidad subrogada o por sustitución es la práctica mediante la cual una mujer acepta llevar en su vientre a un bebé por encargo de otra persona o pareja, con el compromiso de terminado el embarazo entregar al recién nacido a los padres intencionales, renunciando esa a la filiación que pudiera corresponderle. Es un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales.	Clases de Maternidad Subrogada	Madre por subrogación propiamente	1. Considera una posibilidad la de tener hijos en un laboratorio (TERAS) y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica con la finalidad de tener una familia.
			Madre portadora.	2-Considera que la maternidad por subrogación atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes. 3- La madre portadora es aquella que lleva en el vientre al feto, por sustitución en su gestación, y solo lleva a cabo el proceso de la gestación y por ende dar a luz. Este es el concepto, cree que atenta con derechos fundamentales.
		Derecho a la Salud Reproductiva Asistida	TERAS (Técnicas de Reproducción Asistida)	4- Es necesario que las TERAS también regule la maternidad subrogada con la finalidad de garantizar su viabilidad y su correcta función, ya que existe un avance en el derecho genético.
			Derecho de la privacidad	La Privacidad De la Madre
				La Privacidad Del Padre

		donación de óvulos y/o maternidad subrogada.
Principio del interés superior del niño.	Principio Fundamental	7. Prevalece el interés Superior del Niño frente a la intención lucrativa de los padres subrogados.
El Derecho de la Patria Potestad	Patria potestad	8. El derecho de ejercer la patria potestad de los padres biológicos prevalece sobre el derecho de la patria potestad del padre o la madre subrogada para la protección del derecho del interés superior del niño.
Derecho del libre desarrollo del menor	Al Nombre	9.- Se protege el derecho a la identidad del menor a través de la inscripción del nombre en la entidad estatal correspondiente.
	A la Identidad	10- El menor tiene derecho a la identidad y por consecuencia a conocer su origen.
	A la Filiación	11.-Se entiende que la filiación es el reconociendo legal entre los progenitores y el menor. Considera que los padres biológicos deben cumplir con esta figura a pesar de la existencia de los padres subrogados.
Elemento Volutivo	Intencionalidad	12.-Considera usted que la intencionalidad, la voluntad y el deseo de ser padres protege al derecho del interés superior del niño frente a la maternidad subrogada. 13. Considera usted que la regulación del avance genético - maternidad - en nuestro país es una necesidad.

3.5. Método y técnicas de investigación

El método que se utilizó en la presente tesis es descriptivo proyectivo

3.5.1. Técnicas e instrumentos de investigación

En la elaboración del trabajo de investigación se necesitan técnicas e instrumentos los cuales nos van a permitir obtener un resultado y con este demostraremos la hipótesis (como respuestas hipotéticas), para esto en la presente se ha utilizado como técnicas la encuesta, y como instrumento para la recopilación de datos el cuestionario:

Técnica - Encuesta: Se procedió a medir por medio de la encuesta a 11 abogados especialistas en civil. Asimismo, se utilizó el análisis de documentos, y la interpretación de los mismos.

Instrumento - Cuestionario: Se formularon las preguntas 11 abogados con especialidad en materia civil, además la guía o análisis de contenido utilizando el programa Atlas.ti.

Tomando en cuenta que la encuesta permite al investigador obtener la información requerida para dar respuesta a su pregunta de investigación. Desde ese aspecto, en la presente investigación se desea responder: ¿La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana?

Para conseguir información necesaria, a fin de recopilar datos en la presente investigación se utilizó el cuestionario, de esa manera se determinó la necesidad de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.

Lugar de investigación; Lima

Periodo de investigación: agosto 2017 a julio de 2018.

3.6. Procedimiento de análisis de interpretación de los resultados

Para el autor Bernal (2016) el proceso de la investigación se basa en procesar los datos que se encuentran desordenados, dispersos e individuales los cuales son obtenidos de la población, la cual es el objeto de estudio durante el trabajo de campo, y tiene como finalidad generar resultados es decir, datos agrupados y ordenados, que se tienen como base para realizar los objetivos y las hipótesis y/o preguntas de la investigación realizada, en tanto el procesamiento de datos se debe realizarse mediante el uso de herramientas estadísticas con el apoyo de la computadora, utilizando alguno de los programas estadísticos que hoy fácilmente se encuentra en el mercado.

3.6.1. Procesamiento de datos

Dicho procesamiento de datos inicia con la aplicación del instrumento, con la finalidad de obtener información o datos, es decir, las encuestas formuladas a través del cuestionario a los 11 especialistas en materia civil tanto a litigantes como a catedrático, sobre el problema, objetivo e hipótesis de la presente investigación.

Finalmente, la información y los datos obtenidos sobre la regulación de la maternidad subrogada en el código civil, se analizaron para ser presentado en cuadros o gráficos empleando el paquete estadístico SSPS 24.0 y Atlas Ti. 8.1.

3.6.2. Análisis estadístico e interpretación de datos

El procesamiento y análisis de la información de datos, se efectuará con el programa estadístico informático de mayor uso de las ciencias sociales; Statistical Pack Age Fort The Social Sciences, conocido como SPSS versión 24 (Paquete Estadístico para Ciencias Sociales), mediante el cual se realizarán tablas, gráficos, prueba de hipótesis y toda estadística para tal fin. Además, se emplearán el programa Microsoft Excel para proceder a realizar los gráficos más estructurados, para apoyarnos en la agrupación de las preguntas por

dimensiones, entre otros. Los resultados debidamente analizados e interpretados servirán de base para la discusión respectiva y, por ende, para elaborar las conclusiones del trabajo de investigación.

Después del trabajo de campo, con la información y datos que se obtuvieron con la encuesta formuladas a través del cuestionario a los 11 especialistas en materia civil tanto a litigantes como a catedrático, sobre el problema, sobre el problema, objetivo e hipótesis de nuestra investigación, se procedió al conteo y categorización de datos, para ordenarlos en cuadros estadísticos para su lectura, interpretación y discusión correspondiente

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS
RESULTADOS

4.1. Validación del instrumento

La validación del instrumento, se sometió al juicio de expertos, siendo cinco jueces especialistas en la temática, tanto de la materia civil como de metodología; con la validación podemos saber la capacidad existente en el instrumento.

4.1.1 Cuadro de validación del instrumento

Tabla 4

Validación del instrumento

Ítems	Juez 1	Juez 2	Juez 3	Juez 4	Juez 5	Sumatoria	Valor (V)
Considera una posibilidad la de tener hijos en un laboratorio (TERAS) y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica con la finalidad de tener una familia.	2	2	2	1	2	9	0.9
Considera que la maternidad por subrogación atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes.	2	2	2	1	2	9	0.9
La madre portadora es aquella que lleva en el vientre al feto, por sustitución en su gestación, y solo lleva a cabo el proceso de la gestación y por ende dar a luz	2	2	2	1	2	9	0.9
Es necesario que las TERAS también regule la maternidad subrogada con la finalidad de garantizar su viabilidad y su correcta función	2	2	2	2	2	10	1
Qué aspectos debe protegerse respecto al derecho de privacidad de la madre portadora.	2	2	2	2	2	10	1
Qué aspectos debe protegerse respecto al derecho de privacidad del padre donador de esperma.	2	2	2	2	2	10	1
Prevalece el interés Superior del Niño frente a la intención lucrativa de los padres subrogados.	2	2	2	2	2	10	1
El Derecho de ejercer la patria potestad de los padres biológicos prevalece sobre el derecho de la patria potestad de los padres o madre subrogada para la protección del derecho del interés superior del niño.	2	2	2	1	2	9	0.9
Se protege el derecho a la identidad del menor a través de la inscripción del nombre en la entidad estatal correspondiente	2	2	2	2	2	10	1
El menor tiene derecho a la identidad y por consecuencia a conocer su origen.	2	2	2	2	2	10	1

Se entiende que la filiación es el reconociendo legal entre los progenitores y el menor. Considera que los padres biológicos deben cumplir con esta figura a pesar de la existencia de los padres subrogados.	2	2	2	2	2	10	1
Considera usted que la intencionalidad, la voluntad y el deseo de ser padres protege al derecho del interés superior del niño frente a la maternidad subrogada	2	2	2	2	2	10	1
Considera usted que la regulación del avance genético - maternidad - en nuestro país es una necesidad.	2	2	2	2	1	9	0.9

$$V = \frac{S}{(n(c - 1))}$$

La presente formula nos sirve para precisar un nivel deseado de confianza lógico.

De la aplicación de la misma, se obtuvo un promedio positivo en cada uno de nuestros ítems formulados, es decir, que los ítems fueron aceptados con un valor entre el 0.9 y el 1, siendo como requisito para la aceptación el valor del 0.8.

Comentario:

Respecto a la aplicación del juicio de expertos, nos ha permitido el afinamiento del instrumento, con respecto a la coherencia y claridad de ítems como indicadores y las dimensiones. Además, el uso de la redacción en algunos términos, para que sea en un lenguaje más simple (representativos, pos importantes, por ejemplo) ya que se trata de una característica sobre la redacción del instrumento. Por último, ha permitido precisar semánticamente las oraciones o ítems para que expresen un sentido completo y unitario.

4.2. Resultados de la variable

Las figuras obtenidas como resultado de la investigación se han obtenido en base al programa SPSS, en el cual se ingresaron los datos obtenidos con la aplicación del instrumento (la encuesta) y también se utilizó el programa Atlas.ti.

La encuesta se realizó a 11 abogados especialistas en materia civil, ya sean litigantes o catedráticos; con la obtención de los resultados se elaboraron cuadros estadísticos, los cuales están conformados por porcentajes que responden a las preguntas formuladas (13 preguntas), además se obtuvieron figuras de comparación normativa vigente como jurisprudencia, artículos, y leyes (3 figuras).

El objetivo principal de la presente tesis, es determinar la necesidad de regular la maternidad subrogada en la legislación civil peruana. Para sustentar nuestro objetivo planteamos las siguientes preguntas:

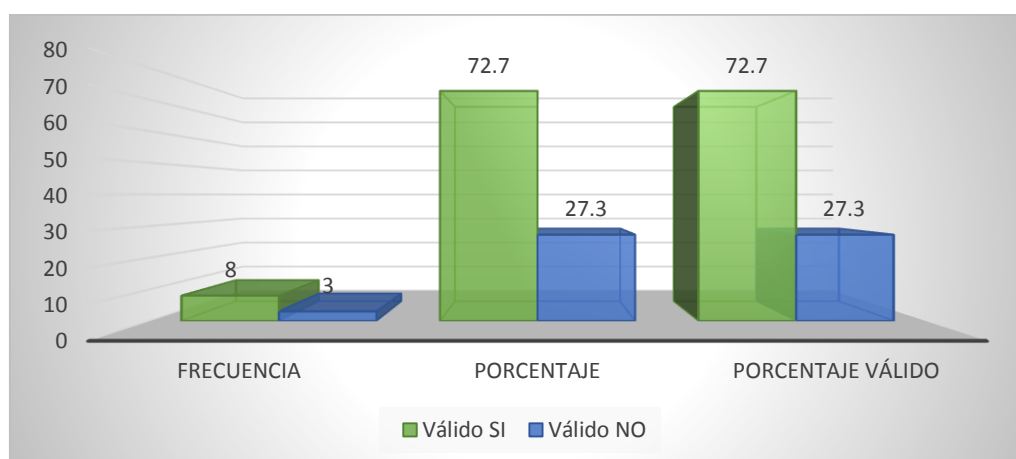


Figura 2. Resultados estadísticos de la pregunta número uno del cuestionario.

Descripción:

De la figura 2, se evidencia que los abogados en un 72.7% que si consideran como opinión personal procrear hijos utilizando técnicas de reproducción asistida – TERAS, gestarlos en un vientre ajeno, o distinto al de la madre biológica; y un 23.3% de los mismos consideran que no tendrían como posibilidad usar las técnicas ya mencionadas.

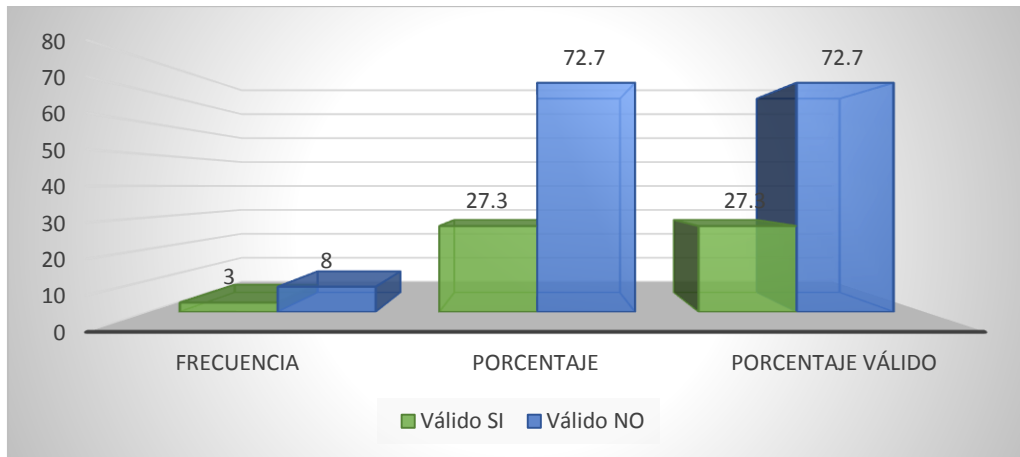


Figura 3. Resultados estadísticos de la pregunta número dos del cuestionario.

Descripción:

De la figura 3, se evidencia que los abogados en un 72.7% concuerdan que la maternidad subrogada no atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes (padres subrogados, padres biológicos y el menor); y un 27.3% indican que la maternidad subrogada si atenta contra estos derechos.

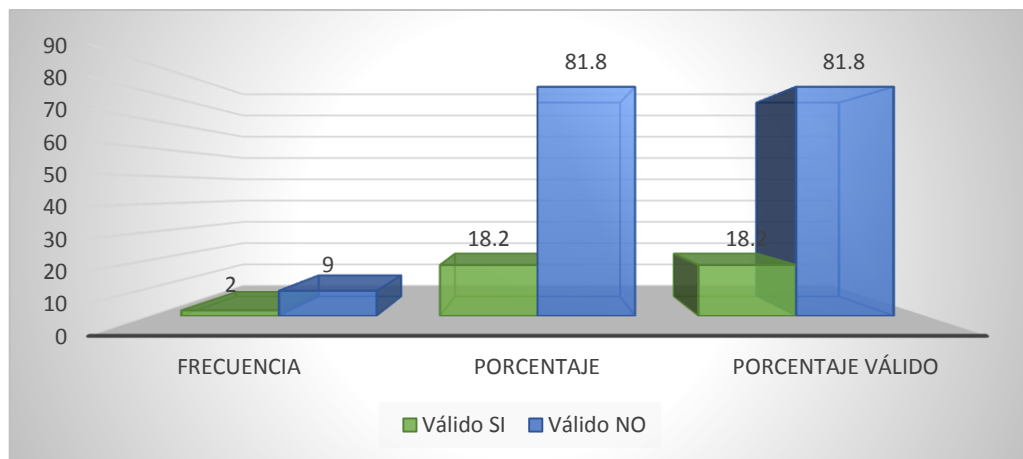


Figura 4. Resultados estadísticos de la pregunta número tres del cuestionario.

Descripción:

De la figura 4, se evidencia que los abogados concuerdan en un 81.8% que, el concepto referido a la maternidad subrogada no atenta contra los derechos fundamentales; y de forma contraria un 18.2% indican que si atenta contra los derechos fundamentales.

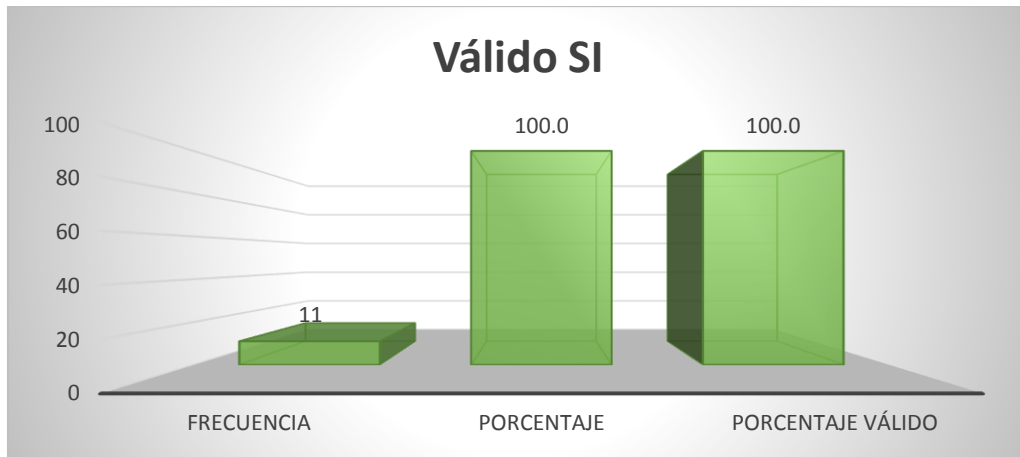


Figura 5. Resultados estadísticos de la pregunta número cuatro del cuestionario.

Descripción:

De la figura 5, se evidencia que la totalidad de abogados encuestados concuerdan en que es necesario que las TERAS regulen dentro de ellas a la maternidad subrogada para garantizar su viabilidad y su correcta función.

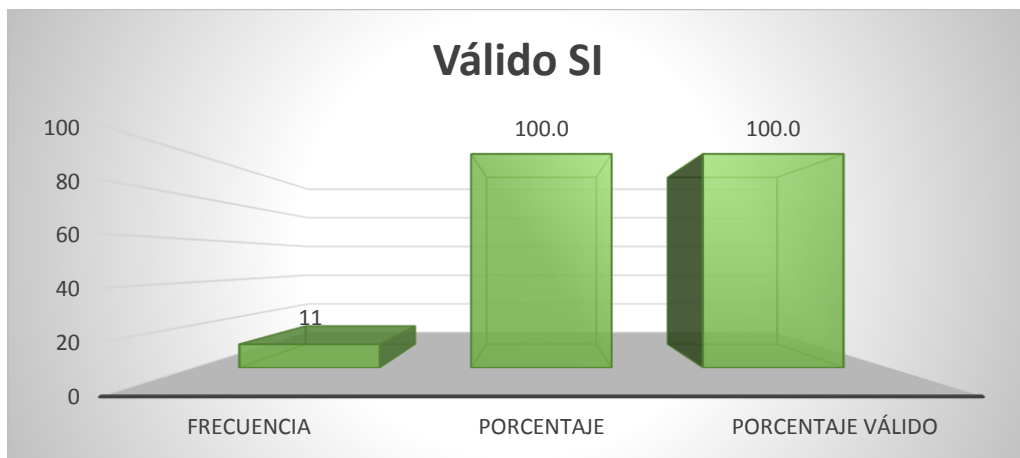


Figura 6. Resultados estadísticos de la pregunta número cinco del cuestionario.

Descripción:

De la figura 6, se evidencia que los abogados encuestados en la totalidad del 100% indican que es necesaria la protección y el respeto al derecho de la privacidad de la madre portadora, es decir la madre que llevara la gestación.

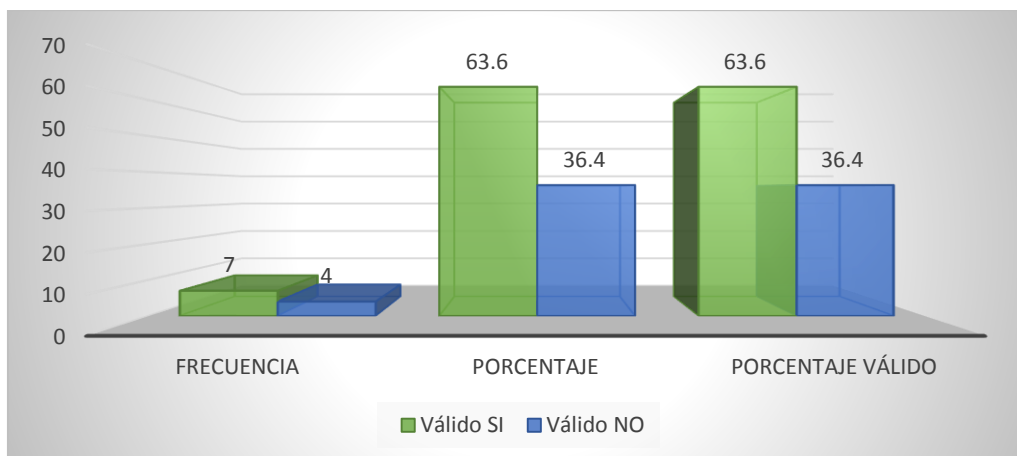


Figura 7. Resultados estadísticos de la pregunta número seis del cuestionario.

Descripción:

De la figura 7, se observa que el 63.6% de los abogados consideran que si debería de protegerse la privacidad de la madre subrogada o la donación de óvulos de la misma manera en que se regula la figura del donante de esperma.

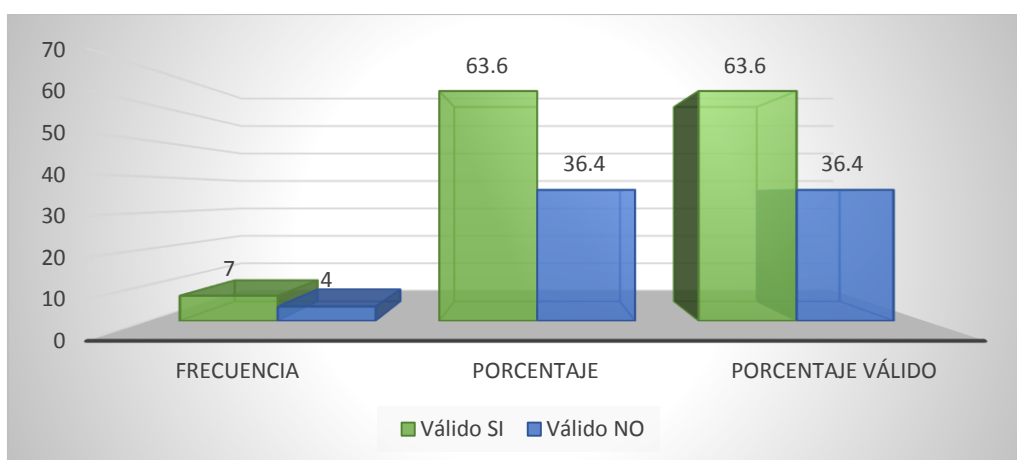


Figura 8. Resultados estadísticos de la pregunta número 7 del cuestionario.

Descripción:

De la figura 8, se evidencia que el 63.6% de abogados indican que el interés superior del niño prima frente a la intención lucrativa de los padres subrogados, mientras un 36.4% indican lo contrario en todos los extremos, es decir, que la intención lucrativa de los padres subrogados interesa más que el interés superior del niño.

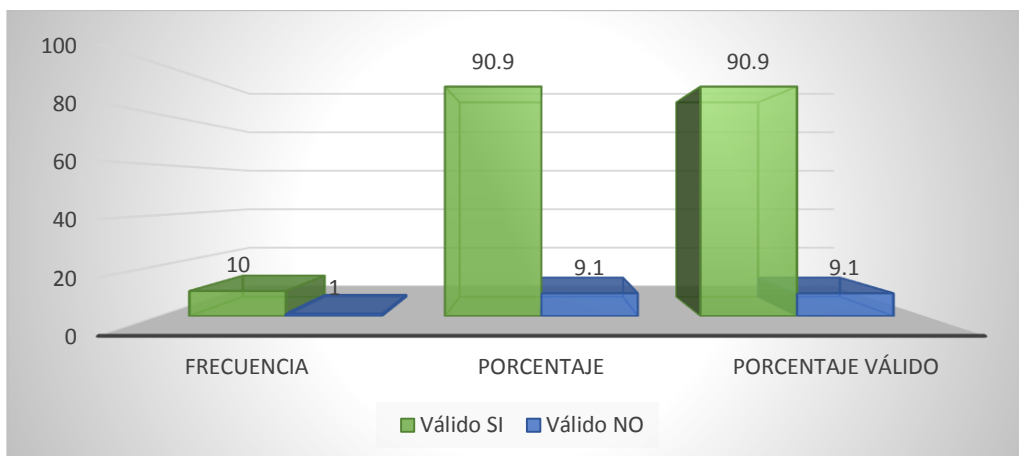


Figura 9. Resultados estadísticos de la pregunta número ocho del cuestionario.

Descripción:

De la figura 9, se evidencia que en 90.9% de los abogados encuestados opinan que la patria potestad de los padres biológicos prevalece ante el ejercicio de la patria potestad de los padres subrogados para la protección del derecho del interés superior del niño; y, el 9.1% de los encuestados opinan todo lo contrario que la patria potestad la deben de ejercer los padres subrogados y no los biológicos del menor.

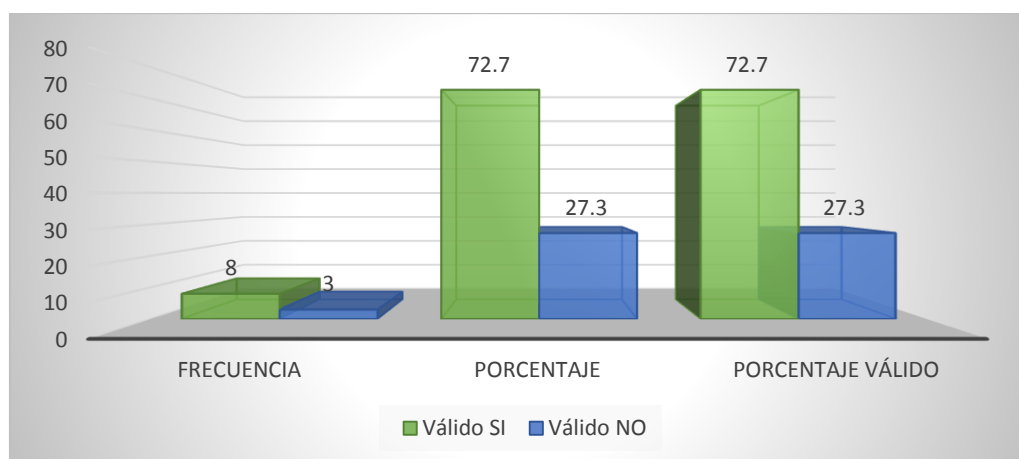


Figura 10. Resultado estadístico de la pregunta número nueve del cuestionario.

Descripción:

De la figura 10, se evidencia que la mayoría de los abogados encuestados, es decir, el 72.7% indican que, si protege la identidad del menor a través de la

inscripción del nombre en una entidad estatal correspondiente, y el 27.3 % indican que no.

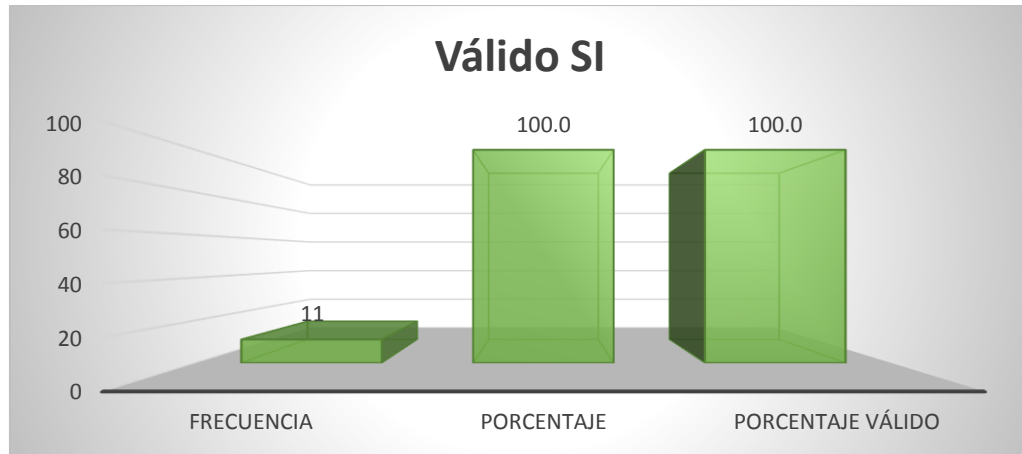


Figura 11. Resultado estadístico de la pregunta número diez del cuestionario.

Descripción:

De la figura 11, se observa que el total del 100% de abogados concuerdan de manera unánime que el menor tiene derecho a conocer su origen, y por ende proteger y efectivizar al derecho a la identidad.

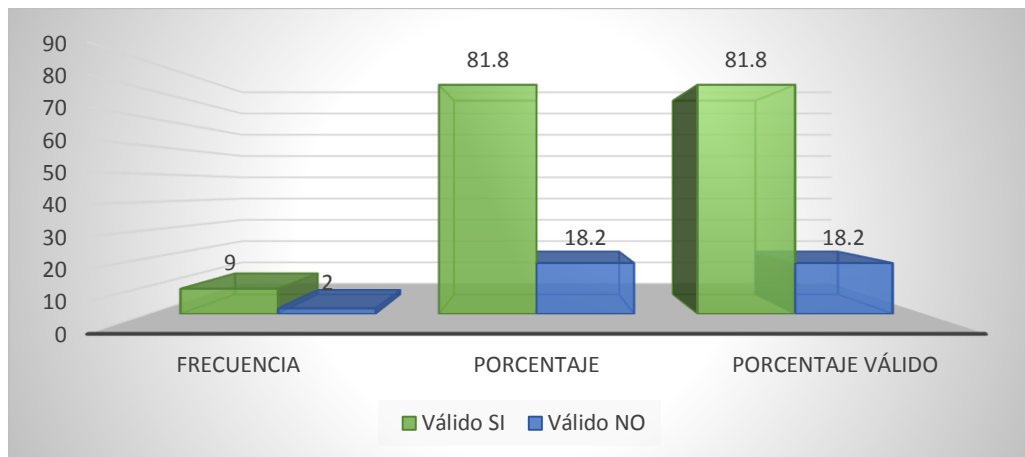


Figura 12. Resultado estadístico de la pregunta número once del cuestionario.

Descripción:

De la figura 12, se evidencia que un 81.8% de los abogados indican que sí, que la filiación es el reconocimiento legal entre el menor y los progenitores, por ende, consideran que los padres biológicos deben cumplir esta figura a pesar de la existencia de los padres subrogados; y el 8.2% indican lo contrario a lo afirmado.

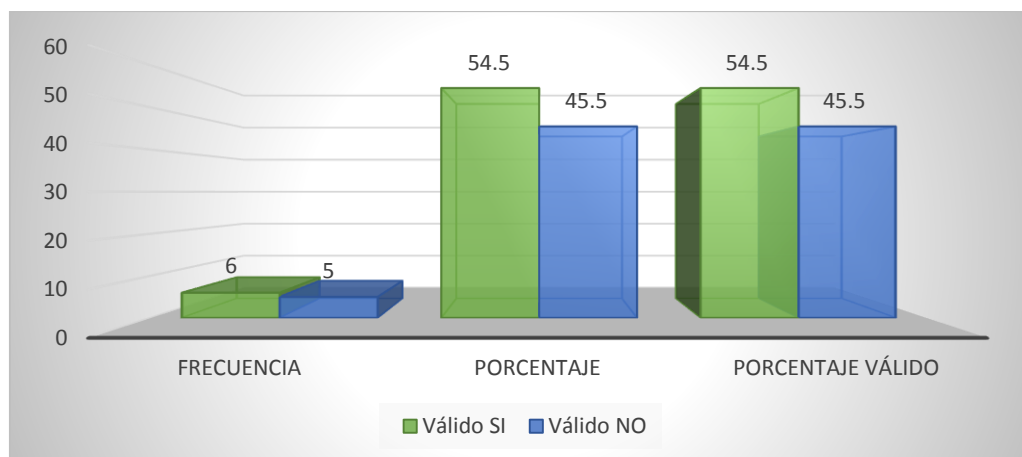


Figura 13. Resultados estadísticos de la pregunta número doce del cuestionario.

Descripción:

De la figura 13, se evidencia como resultado que el 54.5% de los abogados encuestados consideran que, la intencionalidad, la voluntad y el deseo de ser padres protege al derecho del interés superior del niño frente a la maternidad

subrogada y el 45% de los abogados indican todo lo contrario, es decir, que la intencionalidad, voluntad y deseo de ser padres no protege el derecho del interés superior del niño frente a la figura de maternidad subrogada.

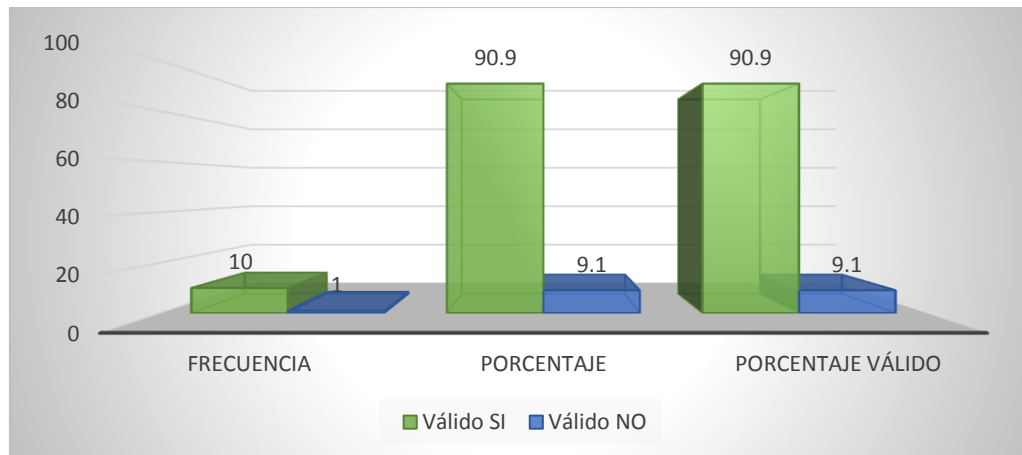


Figura 14. Resultados estadísticos de la pregunta número trece del cuestionario.

Descripción:

De la figura 14, se evidencia que el 90.9% de los abogados encuestados indican que, si es necesaria la regulación de la maternidad subrogada por ser una necesidad, y el 9.1% considera que no es una necesidad la regulación de la maternidad subroga en nuestro país.

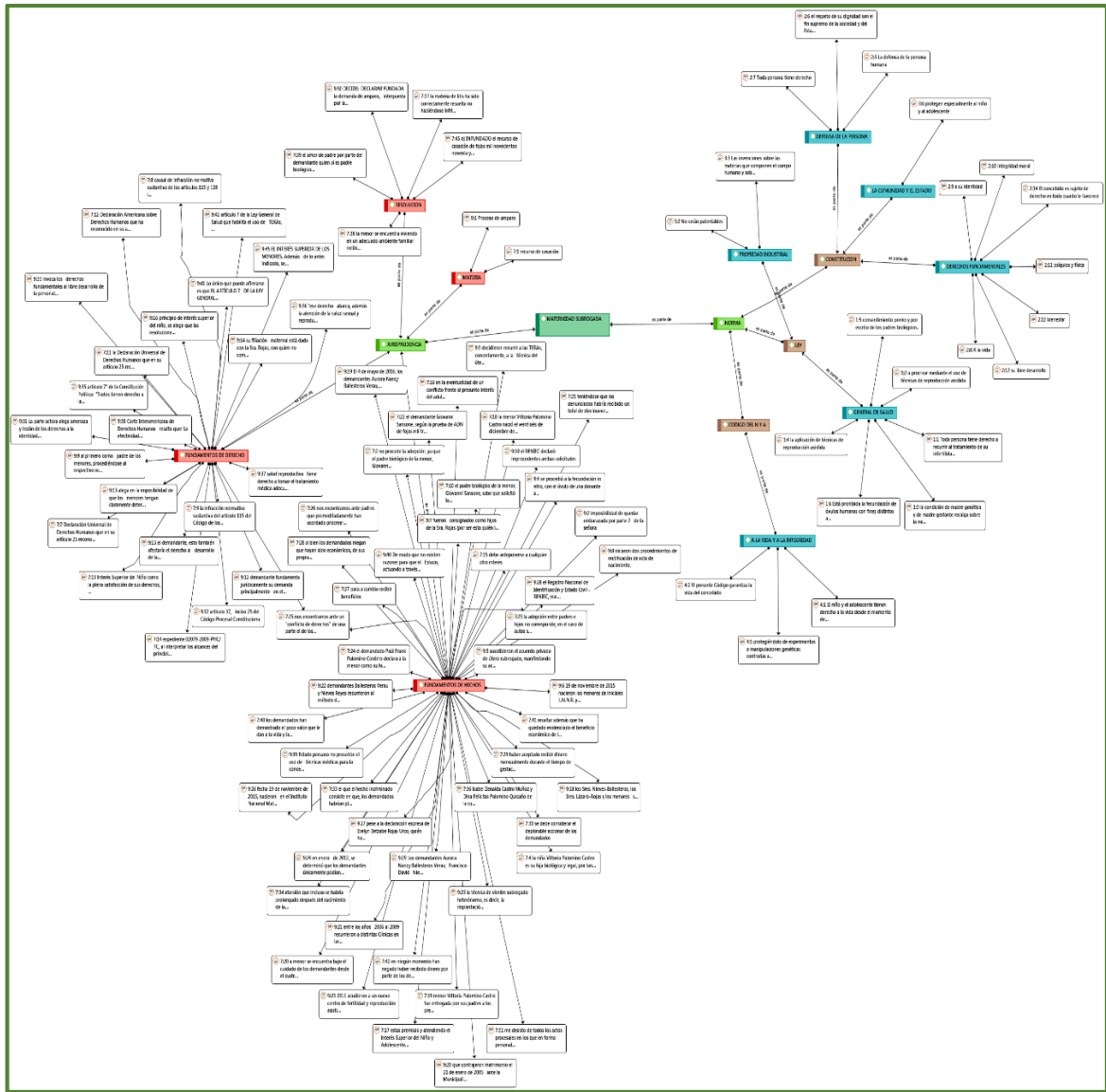


Figura 15. Análisis de documentario.

Descripción:

De la figura 15, se evidencia el análisis de la norma peruana que, consta de artículos del código del niño y del adolescente, la ley de la propiedad industrial, la ley general de salud y la constitución, y encontraremos derechos fundamentales que se encuentran en conflicto; y de la jurisprudencia que consta de dos sentencias, una de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente Sentencia (CAS. N° 563-2011-Lima) y una de la Corte Superior de Justicia de Lima - Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, las mismas que ponen en conflicto el ejercicio de la patria potestad. En esta figura se observa que, a modo de conclusión, todas las

normas y jurisprudencias en consulta o análisis tienen un punto de conexión el cual es, derechos fundamentales, el principio de interés superior del niño, mismo que es fundamental para salvaguardar al menor, y es ponderado ante cualquier tipo de conflicto de interés.

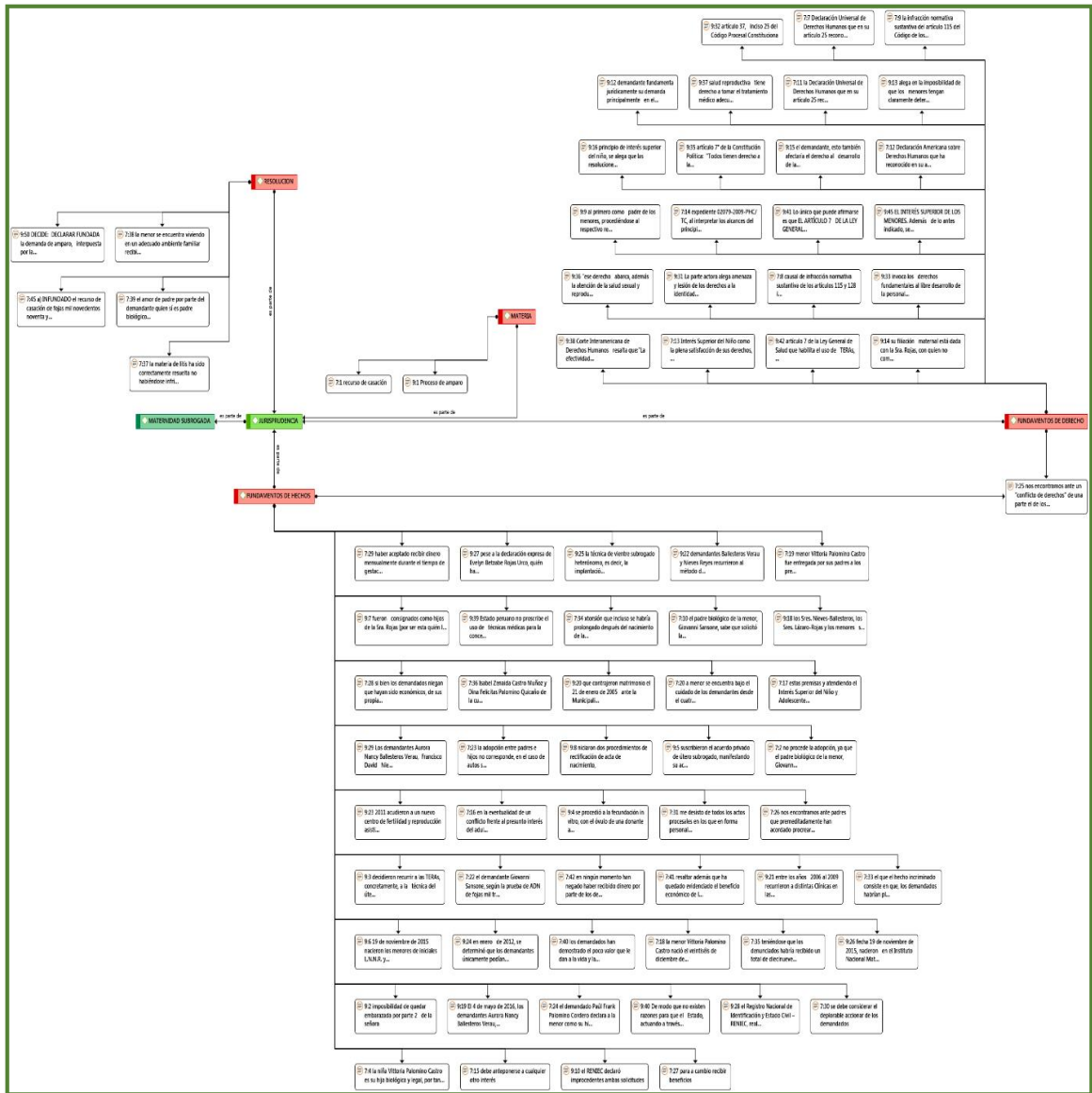


Figura 16. Comparación jurisprudencial

Descripción:

De la figura 16, se analiza Corte Suprema De Justicia De La Republica Sala Civil Permanente Sentencia / CAS. N° 563-2011 - Lima y una de la Corte Superior

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1. Discusiones

En la hipótesis general de la presente tesis, planteamos que: es factible y necesaria la implementación jurídica la maternidad subrogada en la Legislación Civil Peruana para el verdadero reconocimiento de los derechos conexos.

Del resultado obtenido destaca que, al preguntarles si es necesario que las TERAS también regule la maternidad subrogada con la finalidad de garantizar su viabilidad y su correcta función, y conducción del proceso, por ya existir un avance en el derecho genético, la respuesta es afirmativa en un 100%; y al preguntar Prevalece el interés Superior del Niño frente a la intención lucrativa de los padres subrogados el resulta fue de un 63.6%.

Siendo un resultado compatible con la jurisprudencia nacional, ya que se han resuelto casos basándose en el derecho del principio de la protección del interés superior del niño, para el correcto ejercicio de la patria potestad.

Por otro lado, el resultado obtenido es compatible con las teorías sobre el elemento determinativo de la maternidad, (1) presupuesto determinante el elemento biológico, (2) presupuesto determinante el elemento volutivo, y por ultimo (3) el presupuesto determinante el elemento genético, teniendo en cuenta que la intencionalidad juega un papel importante en todo el proceso que conlleva la maternidad subrogada.

Del mismo modo, la información que hemos obtenido a lo largo del desarrollo de la presente tesis, con la finalidad de probar las 5 hipótesis específicas planteadas, las mismas que han sido aceptadas y desarrollaremos de manera ordenada a continuación:

➤ **Hipótesis específica 1**

Hi: Los derechos como, el derecho de la salud reproductiva, derecho de la identidad del menor, el principio del interés superior del niño, el libre desarrollo del menor, y el derecho a la privacidad no entran en ningún tipo de conflicto con las normas vigentes ni con la Constitución.

Resultado:

En los encuestados en la presente investigación y en concordancia con la teoría tenemos que, los derechos están establecidos con la finalidad de proteger a la persona y al concebido en todo lo que le favorezca, en consecuencia, el derecho a la salud, para ser específicos en lo que respecta a la salud reproductiva que tiene la finalidad de generar una familia, siendo deber del estado promover el matrimonio y proteger a la familia (figura 16), no entra en conflicto con el interés superior del niño, ya que este último tiene como finalidad el general bienestar al menor dentro del núcleo familiar, social entre otros.

El derecho a la identidad del menor sirve para darle personalidad al menor, y el derecho a la privacidad; el derecho del libre desarrollo del menor tiene como meta que el menor crezca en un ambiente libre y sano; es decir que tampoco entran en conflicto entre ellos ni con los anteriores, ya que, al darse la figura de la maternidad subrogada, el derecho que debe de primar en todo momento es el del menor porque él es el que prima en la relación y tiene derecho a conocer sus orígenes, siendo todo esto corroborado en la figura número 15 de la jurisprudencia, que en ambos casos, tenemos que los jueces deciden que los menores se queden bajo la patria potestad de los padres biológicos e intencionales, siendo la teoría del elemento volutivo influyente en el presente.

Por ende, tenemos que en la figura número 8 al preguntar a los abogados especialistas, que Derecho de ejercer la patria potestad de los padres biológicos prevalece sobre el derecho de la patria potestad de los padres o madre subrogada para la protección del derecho del interés superior del niño, se evidencia que en 90.9% de los abogados encuestados opinan que la patria potestad de los padres biológicos prevalece ante el ejercicio de la patria potestad de los padres subrogados para la protección del derecho del interés superior del niño; y, el 9.1% de los encuestados opinan todo lo contrario que la patria potestad la deben de ejercer los padres subrogados y no los biológicos del menor.

➤ **Hipótesis específica 2**

Hi: Al regularse la maternidad subrogada en la legislación civil peruana, esta no debe de tener mayor relevancia que los demás derechos o técnicas de procreación, simplemente adquiere una misma jerarquía normativa, y esta no entraría en conflicto con ninguna norma imperativa de nuestra legislación.

Resultado:

En la presente hipótesis específica, tenemos que la maternidad subrogada debería de tener la misma jerarquía normativa o ser regulada de la misma manera que otros tipos de técnicas de reproducción asistida. Como evidenciamos en las figuras, número figura 2, en la que se pregunta si considera que la maternidad por subrogación atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes, se evidencia que los abogados en un 72.7% concuerdan que la maternidad subrogada no atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes (padres subrogados, padres biológicos y el menor); y un 27.3% indican que la maternidad subrogada si atenta contra estos

derechos; en la figura 3, se les mostro a los abogados una definición de madre portadora, es decir, es aquella que lleva en el vientre al feto, por sustitución en su gestación, y solo lleva a cabo el proceso de la gestación y por ende dar a luz, en consecuencia se pregunta si cree que atenta con derechos fundamentales, se evidencia que los abogados concuerdan en un 81.8% que, el concepto referido a la maternidad subrogada no atenta contra los derechos fundamentales; y de forma contraria un 18.2% indican que si atenta contra los derechos fundamentales, también corroboramos en la figura número 4 si es necesario que las TERAS también regule la maternidad subrogada con la finalidad de garantizar su viabilidad y su correcta función, ya que existe un avance en el derecho genético, se evidencia que la totalidad de abogados encuestados, es decir, el 100% concuerdan en que es necesario que las TERAS regulen dentro de ellas a la maternidad subrogada para garantizar su viabilidad y su correcta función por la necesidad existente a raíz del avance tecnológico o del derecho genético porque en el transcurso del tiempo este se ha ido desarrollando; corroborando esto con la teoría, tenemos que esta debería ser regulada considerándose en todo momento la gratuidad, y el respeto de la dignidad humana, y así se protege para que no sea mal utilizada y con la jurisprudencia en figura 15, presentada ya que al analizarse esta última tenemos que se resuelve muy a la ligera este tipo de casos.

De la misma manera en la figura 16 Normas, se analiza que están no se encuentran en conflicto ya que en toda medida existe la protección del menor y sus derechos y deberes, y de la familia.

➤ **Hipótesis específica 3**

Hi: Al Implementar y regular la maternidad subrogada en la legislación civil peruana se permite la correcta protección del derecho de la salud

reproductiva, ya que esta se encuentra regulada en la ley general de la salud y en consecuencia este estaría mejor regulado.

Resultado:

En la presente investigación, la presente hipótesis es corroborada observando y analizando la figura número 2, en la cual tenemos los abogados encuestados en un 72.7% coinciden que esta figura, maternidad subrogada, no atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes (madre, padre y/o menor), y sabemos que el derecho a la salud (salud reproductiva) es un derecho fundamental y en la figura número 4 tenemos que los abogados encuestados en su totalidad, es decir, en un 100% opinan que es necesaria la regulación para garantizar su viabilidad y proteger el derecho de la salud reproductiva, y de esa manera evitar que se transgredan derecho; también lo podemos corroborar en la figura número 13 en la cual se pregunta si considera usted que la regulación del avance genético - maternidad subrogada - en nuestro país es una necesidad, para la cual se evidencia que el 90.9% de los abogados encuestados indican que si es necesaria la regulación de la maternidad subrogada por ser una necesidad, y el 9.1% considera que no es una necesidad la regulación de la maternidad subroga en nuestro país, por la viabilidad y su correcta función.

➤ **Hipótesis específica 4**

Hi: Al implementar la protección del derecho de la identidad del menor a través de la regulación de la maternidad subrogada y además regular la protección del libre desarrollo del menor a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación nacional no entra en conflicto con ninguna norma imperativa porque se protege al menor el cual es sujeto de derecho.

Resultado:

Para corroborar la presente hipótesis tenemos en concordancia entre la figura número 9 y la figura número 10; inicialmente en la figura 9 se pregunta si se protege el derecho a la identidad del menor a través de la inscripción del nombre en la entidad estatal correspondiente y se evidencia que de la mayoría de los abogados encuestados, es decir el 72.7% indican que, si protege la identidad del menor a través de la inscripción del nombre en una entidad estatal correspondiente, y el 27.3% indican que no, tenemos en la figura número 10 la pregunta de que el menor tiene derecho a la identidad y por consecuencia a conocer su origen, y se observa que el total del 100% de abogados concuerdan de manera unánime que el menor tiene derecho a conocer su origen, y por ende proteger y efectivizar al derecho a la identidad coinciden que el menor en todo momento sigue teniendo y se le protegen sus derechos para su correcto “libre desarrollo” como el ejercicio de la patria potestad de sus padres biológicos, del derecho al nombre y de la filiación u inscripción del mismo en el registro correspondiente, y en la figura número 15 del análisis de la jurisprudencia (en ambos casos) se protege la identidad del menor y el principio del interés superior del niño ante toda la intención lucrativa y entre otros de los padres subrogados, lo que se relaciona de manera directa con la figura número 15 de la jurisprudencia en la cual los jueces al momento de sentenciar evidencian que se protegen los derechos del menor, al respeto de la identidad, basándonos en la jurisprudencia mediante la cual se le ordena a la RENIEC a emitir nuevas partidas de nacimiento para dos menores, y así protege el derecho de identidad de los menores con la correcta filiación e identidad de los padres biológicos a través del nombre y sobre todo hacer mención una vez más que se da la patria potestad y el cuidado del menor a los padres intencionales. Entonces también recurrimos a la figura 11, en la cual se entiende que la filiación es el reconociendo legal entre los progenitores y el menor. Considera que los padres biológicos deben cumplir con esta figura a pesar de la existencia de los padres subrogados y, se evidencia que un 81.8% de los abogados indican que sí, que la

filiación es el reconocimiento legal entre el menor y los progenitores, por ende, consideran que los padres biológicos deben cumplir esta figura a pesar de la existencia de los padres subrogados; y el 8.2% indican lo contrario a lo afirmado.

➤ **Hipótesis específica 5**

Hi: Al regular, se puede proteger el derecho a la privacidad, así como la protección del principio del interés superior del niño a través de la regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana.

Resultado:

Esta hipótesis es corroborada en forma afirmativa mediante el análisis de las figuras número 5 y 6, en las cuales tenemos que la figura 5 se hizo la pregunta de si considera que es necesaria la protección respecto al derecho de privacidad de la madre portadora, es decir la madre que llevara la gestación, y se evidencia que los abogados encuestados en la totalidad del 100% indican que es necesaria la protección y el respeto al derecho de la privacidad de la madre portadora, es decir la madre que llevara la gestación, sabiendo que el derecho a la privacidad es un derecho inherente a la persona, de la misma manera en la figura número 6 mediante la cual se pregunta si La privacidad del padre donador de esperma está prácticamente protegida en nuestra legislación, usted considera que debe ocurrir lo mismo con la donación de óvulos y/o maternidad subrogada, se observa que el 63.6% de los abogados consideran que si debería de protegerse la privacidad de la madre subrogada o la donación de óvulos de la misma manera en que se regula la figura del donante de esperma.

Y por último en la figura 7 se tiene como pregunta si prevalece el interés Superior del Niño frente a la intención lucrativa de los padres subrogado, se evidencia que el 63.6% de abogados indican que el interés

superior del niño prima frente a la intención lucrativa de los padres subrogados, mientras un 36.4% indican lo contrario en todos los extremos, es decir, que la intención lucrativa de los padres subrogados interesa más que el interés superior del niño.

A modo de conclusión de la discusión de los resultados recurriremos a la figura número 12, en la cual se tiene que considera usted que la intencionalidad, la voluntad y el deseo de ser padres protege al derecho del interés superior del niño frente a la maternidad subrogada, pues se evidencia como resultado que el 54.5% de los abogados encuestados consideran que, la intencionalidad, la voluntad y el deseo de ser padres protege al derecho del interés superior del niño frente a la maternidad subrogada y el 45% de los abogados indican todo lo contrario, es decir, que la intencionalidad, voluntad y deseo de ser padres no protege el derecho del interés superior del niño frente a la figura de maternidad subrogada.

5.2. Conclusiones

PRIMERA:

En esta tesis se determinó de qué manera la maternidad subrogada regularía junto con ella el mejor derecho del principio del interés superior del niño ya que, nuestra legislación no prevé esta situación y ya se han presentado casos mediante los cuales se protege en toda medida a l menor o a los menores que se han visto involucrados en estas situaciones.

SEGUNDA:

Así mismo, se estableció que los derechos como el derecho de la salud reproductiva se estaría ampliando en nuestra legislación y así dar más medidas de protección al mismo, el cual se encuentra regulado vagamente en la ley general de salud, y deja posibilidades a aplicar métodos de reproducción que no se encuentran reguladas ni previstas.

TERCERA:

La necesidad de la protección de los derechos en el ámbito civil a raíz de la ley –general de la Salud, artículo 7, necesita una correcta regulación que no permita la ambigüedad ni ejercicio abusivo del mismo.

CUARTA:

Finalmente podemos concluir que la maternidad subrogada se debe de regular por una necesidad al avance del derecho genético, el cual no es nuevo en nuestra legislación, pero no se encuentra regulado, y por ende en nuestra última pregunta que hicimos: Considera usted que la regulación del avance genético - maternidad subrogada - en nuestro país es una necesidad, se evidencio en un 90.9% que la respuesta fue totalmente afirmativa.

5.3. Recomendaciones

- a.** Tomar en cuenta este trabajo de investigación basado en análisis e interpretación cuantitativa (con apoyo en análisis cualitativo) principalmente como una propuesta legislativa en las enmiendas y artículos tanto del código civil, penal, y la ley general de salud respecto a las técnicas de reproducción asistida – maternidad subrogada.
- b.** Se deberá aprobar una Ley que regule la maternidad subrogada, la cual contemple las modificaciones, cláusulas y condiciones adecuadas para la realización de la misma y también se vea la previsión de las situaciones venideras como consecuencia de la misma.
- c.** Recomendar que los jueces competentes en la materia adopten decisiones más encausadas en maximizar las mínimas garantías de protección del interés superior del niño, niña y adolescente.
- d.** Capacitar constantemente a los jueces especializados con profesionales expertos en familia y la salud reproductiva, para que tengan conocimiento de los procesos y medidas para la aplicación de la maternidad subrogada.
- e.** Continuar promoviendo este tipo de investigaciones y velar por verse materializado, el cual le dará un auge en materia de investigación y prestigio con respecto a los aspirantes del derecho en el ámbito nacional e internacional

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos:

Lacadena, J. (2000) El embrión humano: reflexiones científicas y éticos. *Revista de derecho y genoma humano: genética. Biotecnología y medicina avanzada = Law and the human genome review: genetics, biorechnology and avanced medicine*, 26 (3) 50-52.

López-Contreras, R. (2015) Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y juventud*. 13 (1), 51-70.

Mujer Madre y Profesional (2015). Vientre De Alquiler. Maternidad Subrogada. Una Nueva Forma De Explotación de la mujer y de Tráfico de personas. *Profesionales Por La Ética*. 1 – 26. Recuperado de <http://profesionalesetica.org/wp-content/uploads/2015/06/V-aquiler-web.pdf>

Rodríguez, C. y Martínez, K. (2012). El Contrato De La Maternidad Subrogada: La Experiencia Estadounidense. *Revista de Derecho*, 25 (2), 59-81.

Leyes:

Constitución Política del Perú, de 29 de diciembre de 1993. Derechos fundamentales de la persona. *Congreso Constituyente Democrático* Lima, 1 de enero de 1994 pp. 3.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José, 22 de noviembre de 1969, CTNU. 18 de julio de 1978. N°1144 pp. 123.

Ley General de Salud, Decreto Legislativo, de 09 de julio de 1997, de los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual. *Diario Oficial El Peruano*. Lima, 10 de julio de 1997. N°26842 pp.1 – 27.

Ley de la Propiedad Industrial, Decreto Legislativo, de 23 de abril de 1996, patentes de invención requisitos de patentabilidad. *Base de datos de la OMPI de textos legislativos de propiedad intelectual*. Lima, 24 de abril de 1996. N°823 pp. 7.

Pacto Internacional de Derechos Humanos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966. Derechos humanos y libertades. *ONU: Asamblea General*. 3 de enero de 1976. Vol. 993 pp.3.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, de 17 de noviembre de 1988. Derecho a la Salud. *ONU: Asamblea General*. 17 de noviembre de 1998. N° XVIII pp.20.

Libros:

Arámbula, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. México, D.F.: Cámara de Diputados LX Legislatura.

Canessa, R. (2008). *Problemas Jurídicas Que Plantean Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida En La Legislación Civil Peruana*. Lima, Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Casanova, M.; Ortega, L. y Vásquez, M. (1989) *Ser Mujer. La Formación De La Identidad Femenina*. México. D.F.: Universidad Autónoma Metropolitana.

Del Águila, F. (2009). *Maternidad subrogada y sus efectos jurídicos. Nueva perspectiva en el derecho de familia*. Trabajo de investigación. Lima, Perú: Universidad San Martín de Porres.

Estrada, H. (2014). *Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual Y Normativo*. Lima, Perú: Congreso de la República.

Goyena, H. (2002) *Familia, Tecnología y Derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista. P. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.

Rubio, M. (2012). *Constitución Política del Perú 1993 – Comentada (3ª ed.)*. Lima, Perú: Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Witker, J. (2011). *La investigación Jurídica bases para las tesis de grado en Derecho*. México: Publi-Lex.

Página Web:

Mestre, C. (2015). *Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal? Medio informativo sobre adopción, casos complejos de fertilidad y gestación subrogada.* Babygest. Recuperado de <https://www.babygest.es/paises/>

Brena, I. (2015). *Maternidad Subrogada. Desarrollo conceptual y normativo.* Lima: Congreso De La República. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/\\$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)

Contreras, F. (2016). *Maternidad subrogada, modelos de familia y la coherencia del liberalismo conservador.* Cataluña: Actual. Recuperado de <https://www.actuall.com/criterio/familia/maternidad-subrogada-modelos-de-familia-y-la-coherencia-del-liberalismo-conservador/>

Convención Para La Protección De Los Niños Y Cooperación En Los Casos Internacionales (1993). *La Maternidad Subrogada De Alquiler O Voluntaria Y Sus Implicaciones Bioéticas y Jurídicas.* Universidad Católica de Valencia. 1-8. Recuperado de <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2016/05/maternidad-subrogada.pdf>

Estrada, H. (2014). *Maternidad Subrogada: Desarrollo conceptual y normativo. Informe de investigación n°71/2014-2015, 5-17.* Lima: Congreso de la República. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/\\$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/91B52BD6997366A9052580F9007270D5/$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)

Fortuny, M. (2013). *La Maternidad Subrogada: un caso práctico*. España: ELDERECHO.COM Recuperado de http://www.elderecho.com/tribuna/www-elderecho-com/maternidad_subrogada-inccripcion_en_el_registro_civil_de_recien_nacidos_11_602305001.html

Ministerio De La Mujer y Desarrollo Social. (2014). *Derecho Al Nombre*. Lima: Tener un nombre es mi derecho. Recuperado de https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/mi_nombre/nombre.htm

Universidad Católica de Cuyo (2018). “*Enciclopedia de Bioética*”. Argentina: Todas las voces. Recuperado de <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-voces/210-maternidad-subrogada>

Tesis:

Escudero, Y. e Minig, H. (2016). *Maternidad Subrogada* (Tesis de pregrado) Recuperado de http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_escmat683.pdf

Pérez, D. (2015). *Presupuestos Éticos y Jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de Reproducción Asistida en el Perú* (Tesis de maestría). Recuperado de http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/560/1/TM_Perez_Pita_DianaCarolina.pdf

- Santander. (2013). *El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del Derecho a procrear o atentado a la dignidad?* (Tesis de maestría). Recuperado de <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=1>
- Villamarín, C. (2014). *La Maternidad Subrogada en el Perú: ¿Problema o Solución?* (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/2084/62.1116.D.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Yañez, J. (2010). *Análisis sobre la importancia de legislar la Reproducción Asistida en México* (Tesis de maestría). Recuperado de <https://studylib.es/doc/7556190/an%C3%A1lisis-sobre-la-importancia-de-legislar-la>
- Zaldívar, J. (2016). *Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada, Arequipa 2013* (Tesis de maestría). Universidad Católica de Santa María, Arequipa.

ANEXOS

**ANEXO 1: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE
SENTENCIA / CAS. Nº 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 concorra 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 circunstancias 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 demanda** 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 contestan 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 doña Isabel Zenaida Castro Muñoz, 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 del 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; 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; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y 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; 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; 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 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 sometían 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 bebé 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 Felicita 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 Sanssone 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, originada 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

ANEXO 2: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05
JUEZ: HUGO VELASQUEZ ZAVALA
ESPECIALISTA: RAULTAIBE 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-JR10LIMGOR/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-ORSBORJJR10LIM- 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 demandado 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/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJJR10LIM- GOR/RENIEC 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 e 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 proscribiera 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 interpretativa¹.

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 proscribe 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***

¹ 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 encontrarnos 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 argumento a contrario*.

En: Themis-Revista de Derecho, N° 12, Lima, 1988, p. 66

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.

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 ius fundamental 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”²

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.

² PLÁCIDO, Alex. *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 190

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 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 200º inciso 2º de nuestra Constitución y 1º 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 ORSBORJJR10LIM- 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 al día.

**ANEXO 3: PROYECTO DE LEY QUE REGULA LA MATERNIDAD
SUBROGADA COMO UNA TECNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Artículo 1º. Objeto

El presente proyecto de ley tiene por objeto modificar el artículo 7º e incorporar un artículo 7-A a la Ley N°26842, Ley General de Salud, con el objetivo de evitar vacíos legales respecto a que en la actualidad sólo pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, es decir que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, en consecuencia, dicha modificación regulará el procedimiento cuando terceras personas opten por colaborar con la técnica de reproducción humana asistida, así como el de establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria (sin fines de lucro), a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, así como evitar la mala praxis por parte de las clínicas y/o hospitales que lleven a cabo estos procedimientos, y finalmente evitar así actos de tráfico humano y trata de personas. La presente iniciativa legislativa permite salvaguardar el derecho de tener una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos fundamentales de terceros.

Artículo 2º. Modificación del artículo 7º Ley General de Salud, Ley 26842.

Modifíquese el artículo 7º de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que deberá ser redactado de la siguiente manera: "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres intencionales presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable. Del párrafo anterior, se tiene que dicho tratamiento

será de carácter solidario y reservado entre las partes que voluntariamente accedan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida de manera consensual e indubitable conforme a los artículos 43º, 44º y el 140º del Código Civil Peruano, sin fines de lucro, evitando así la comercialización de los embriones y gametos ya crioconservados y actos que favorezcan el tráfico y la trata de personas en cualquiera de sus formas. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

Artículo 3º. Incorporación del artículo 7º- A de la Ley 26842, Ley General de Salud.

Incorpórese el artículo 7º- A de la Ley 26842, Ley General de Salud, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma: "Artículo 7º - A.- La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana"

Artículo 4º. - Requisitos Legales

De los padres

De igual modo, los padres de intención implicados en este proceso de maternidad asistida, también deberán cumplir con unos parámetros:

1. Ser peruanos de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú.
2. Ser mayores de 24 años y menores de 47 años.
3. Certificado Médico que acredite la capacidad física, mental y emocional de los padres. (conforme al artículo 43º, 44º y el 140º del Código Civil Peruano).
4. Ser pareja casada y/o en unión de hecho perfecta certificada por notario público.

5. Los padres o al menos uno de ellos deberá aportar sus genes en la fecundación. En el caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético.

De la Gestante Voluntaria

La gestante colaboradora que voluntariamente y solidariamente desee llevar en su útero el embrión para gestarlo hasta la etapa de término, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser peruana de nacimiento o poseer la nacionalidad y/o residir legalmente en el Perú, conforme a ley.
2. Ser mayor de 24 años.
3. Acreditar gozar de buena salud física, mental y emocional mediante certificado médico que deberá ser emitido por el especialista correspondiente.
4. Haber sido madre de al menos un hijo sano antes de someterse a este procedimiento de reproducción asistida.
5. Poseer una situación socioeconómica estable (No deberá encontrarse registrada y/o identificada en el SISFHO (Sistema de focalización de hogares) como persona en situación de estado de vulnerabilidad financiera.

Artículo 5º. - Condiciones especiales para la aplicación de TERAS

La técnica de reproducción humana asistida solo deberá ser aplicado como un procedimiento excepcional cuando los padres intencionales hayan agotado todos los métodos y/o procedimientos para tener descendencia, el mismo que sólo se aplicará a la mujer voluntaria cuando exista posibilidades razonables de éxito y estos no supongan riesgos graves para su salud, previo acuerdo suscrito de consentimiento de gestación voluntaria y libre.

De los padres para el Inicio del Procedimiento de TERAS

1. Acreditar haber agotado o ser incompatible con las técnicas de reproducción humana asistida.

2. Acreditar certificado médico, emitido por el especialista en fertilidad que diagnostique la causa médica de la patología mencionada en alguno de los padres, en dicho certificado se deberá consignar la firma indubitable y su código de colegiatura habilitada, y de ser el caso se deberá presentar el informe médico e historia clínica de los abortos involuntarios producidos por la madre genética de intención que amerite iniciar el procedimiento de reproducción asistida.
3. La información y asesoramiento sobre la técnica de reproducción humana asistida que se aplique deberá ser informado a la pareja que recurra a ella.
4. Los padres de intención se comprometen a asumir los gastos económicos que genere la gestante voluntaria durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir el procedimiento de reproducción humana asistida.

De la Gestante Voluntaria para el Inicio del Procedimiento TERAS

1. Deberá ser informada sobre el tratamiento y/o técnica que se le aplicará, suscribiendo un acuerdo de consentimiento de gestación informada, voluntaria y libre en el que se hará mención expresa y detallada de todas las condiciones concretas que se haya acordado.
2. No encontrarse registrada y/o identificada en el SISFHO como persona en estado de vulnerabilidad económica.
3. La gestante voluntaria no podrá recibir dinero por gestar en su vientre al futuro hijo de los padres de intención, únicamente recibirá el reembolso por los gastos que haya podido generarle el embarazo durante los 09 meses que usualmente dura este proceso, tales como:
 - a. Traslados para acudir a sus chequeos médicos
 - b. Medicación y suplementos vitamínicos indicados y/o señalados por el especialista.
 - c. Alimentación, adaptada indicados y/o señalados por el nutricionista.
 - d. Vestimenta de maternidad.
 - e. Faltas y/o ausencias laborales (en el caso se le indique reposo absoluto). Con fines de evitar que alguien lucre con el proceso de gestación.

Artículo 6º. - Del acuerdo de consentimiento de gestación libre y aceptado

Los padres de intención y la gestante deberán suscribir un acuerdo y/o compromiso en la que se exprese detalladamente los compromisos, responsabilidades y obligaciones que deberán cumplir ambas partes durante el proceso de gestación, previo y posterior que pueda devenir del procedimiento de reproducción humana asistida, el mismo que será certificado refrendado ante notario público. Se viciará todo el proceso si la gestante voluntaria se encuentra en estado de vulnerabilidad económica y/o de necesidad y no cumpla con lo dispuesto en la presente ley, ajustándose a las disposiciones penales vigentes.

Artículo 7º. - De la filiación

Los padres de intención deberán suscribir un acuerdo previo de consentimiento vía notarial, con la gestante voluntaria a fin de ser declarados los padres legales en el certificado de nacimiento cuando el niño nazca, prohibiéndose toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, conforme lo dispone el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú. Los padres de intención se consideran los padres legales desde la transferencia del embrión al útero de la gestante. Por lo tanto, ésta no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé. Tampoco será admisible el reconocimiento por una demanda de filiación y/o paternidad entre la gestante voluntaria y el nacido, cuando se haya suscrito un acuerdo contractual entre las partes vía notarial para someterse al procedimiento de reproducción humana asistida.

Artículo 8º. - Servicio Público de Salud para la Reproducción Asistida de carácter progresivo conforme al presupuesto del Estado.

Las parejas infértiles tienen derecho a acceder a los procedimientos de reproducción humana asistida en las instituciones prestadoras de servicios de salud pública, siempre que se cumpla con los requisitos previstos en el artículo 3º de la presente ley, la misma a la que se accederá de forma progresiva priorizando los

sectores de mayor vulnerabilidad económica como política pública, a fin de salvaguardar el acceso de los peruanos y peruanas al derecho fundamental de ser padres.

La práctica de cualquiera de las técnicas de reproducción humana asistida solo se podrá llevar a cabo en los hospitales y centros o servicios de salud debidamente autorizados por la autoridad sanitaria correspondiente. Dicha autorización especificará las técnicas cuya aplicación se autoriza en cada caso.

Artículo 9° . - Órgano rector

El Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y los Gobiernos Regionales serán las encargadas de proponer y aprobar las medidas necesarias para el cumplimiento de la presente Ley.

ANEXO 4: CUESTIONARIO



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO

CUESTIONARIO

Instrucciones:

- Estimado encuestado, el presente instrumento tiene como la regulación de la maternidad subrogada en código civil peruano, el cual se les hará 13 preguntas en forma de ítems con respuestas bajo una escala tipo Likert determinada según los siguientes parámetros.

Leyenda:

Marcar SI = Estar de acuerdo, NO= Estar en desacuerdo

- Lea detenidamente cada ítem.
- Cualquier duda informar al evaluador.

Ítems	SI	NO
1. Considera una posibilidad: tener hijos en un laboratorio (TERAS) y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica con la finalidad de tener una familia.		
2. Considera que la maternidad por subrogación atenta contra los derechos fundamentales de los intervinientes.		
3. La madre portadora es aquella que lleva en el vientre al feto, por sustitución en su gestación, y solo lleva a cabo el proceso de la gestación y por ende dar a luz. Este es el concepto, cree que atenta con derechos fundamentales.		
4. Es necesario que las TERAS también regule la maternidad subrogada con la finalidad de		

garantizar su viabilidad y su correcta función, ya que existe un avance en el derecho genético.		
5. Considera que es necesaria la protección respecto al derecho de privacidad de la madre portadora, es decir la madre que llevara la gestación.		
6. La privacidad del padre donador de espermatozoides está prácticamente protegida en nuestra legislación, usted considera que debe ocurrir lo mismo con la donación de óvulos y/o maternidad subrogada.		
7. Prevalece el interés Superior del Niño frente a la intención lucrativa de los padres subrogados.		
8. El Derecho de ejercer la patria potestad de los padres biológicos prevalece sobre el derecho de la patria potestad de los padres o madre subrogada para la protección del derecho del interés superior del niño.		
9. Se protege el derecho a la identidad del menor a través de la inscripción del nombre en la entidad estatal correspondiente		
10.El menor tiene derecho a la identidad y por consecuencia a conocer su origen.		
11.Se entiende que la filiación es el reconociendo legal entre los progenitores y el menor. Considera que los padres biológicos deben cumplir con esta figura a pesar de la existencia de los padres subrogados.		
12.Considera usted que la intencionalidad, la voluntad y el deseo de ser padres protege al derecho del interés superior del niño frente a la maternidad subrogada		
13. Considera usted que la regulación del avance genético – maternidad subrogada – en nuestro país es una necesidad.		

ACTIVIDAD PROFESIONAL: _____
 GRADO DE INSTRUCCIÓN; _____
 A QUE SE DEDICA; _____
 AÑOS DE EXPERIENCIA: _____