



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**Problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada
como técnica de reproducción asistida en el Perú.**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogada

AUTORA:

Guevara Guevara, Blanca Flor (ORCID: 0000-0002-4079-2087)

ASESORA:

Mg. Saavedra Silva Luz Aurora (ORCID 0000-0002-1137-5479)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

Derecho de Familia

CHICLAYO – PERÚ
2021

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación la dedico a mis hijos Natalia y Ximena por todo el apoyo y comprensión durante este tiempo de preparación académica, así mismo quiero agradecer por cada palabra de apoyo y por cada momento en familia sacrificado para ser invertido en el desarrollo de esta, gracias por entender que el éxito demanda de algunos sacrificios y que el compartir tiempo con ellos formaba parte de estos sacrificios.

Blanca Flor Guevara Guevara

AGRADECIMIENTO

A Dios por haberme guiado a lo largo de mi vida, por ser mi apoyo, mi luz y mi camino. Por haberme dado la fortaleza para seguir adelante en aquellos momentos de debilidad y por darme la sabiduría y fortaleza para lograr mis objetivos.

Mi gratitud a la Universidad Cesar Vallejos por acogerme y permitirme formar parte de esta casa de estudios.

A mis docentes de la Facultad Derecho, en especial a mi docente de Investigación, quién desde un inicio, me motivó y brindó conocimientos para empezar con esta investigación.

Blanca Flor Guevara Guevara

Índice de contenidos

Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimiento.....	iii
Índice de contenidos	iv
Índice de tablas	vi
Índice de figuras.....	vi
Resumen.....	vii
Abstract.....	viii
I. Introducción:.....	1
II. Marco teórico:	4
III. Metodología.....	27
3.1. Diseño y tipo de investigación	27
3.2. Variables y Operacionalización	27
3.3. Población, muestra y muestreo	28
3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos:	29
3.5. Procedimientos:.....	30
3.6 Método de análisis de datos:	30
3.7 Aspectos éticos:	30
IV. Resultados.....	31
V. Discusión	41
vi. Conclusiones	47
VII. Recomendaciones	48
Referencias.....	49
Anexos	

Índice de tablas

- Tabla 1: Condición de los encuestados	36
- Tabla 2: Tomando en consideración la técnica de reproducción asistida y subrogación de maternidad. ¿Cree usted que el proceso de filiación en el Perú tiene algún vacío legal?.....	37
- Tabla 3 : Conoce si en el Perú existe normas específicas sobre filiación en donde se regule y establezcan criterios cuando se den casos de técnicas de reproducción asistida y subrogación de maternidad.....	38
- Tabla 4: ¿Tiene conocimiento de la existencia de alguna norma o ley que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú?.....	39
- Tabla 5 : ¿Cree usted que la maternidad subrogada vulneraría derechos de los niños nacidos a través de esta técnica de reproducción humana asistida?.....	40
- Tabla 6: ¿Está de acuerdo que se regule la maternidad subrogada en la legislación peruana?	41
- Tabla 7: ¿En alguna oportunidad ha tenido conocimiento de algún caso sobre filiación derivado de un procedimiento de maternidad subrogada, en el Perú?.....	42
- Tabla 8: ¿Considera usted que el Perú debería tomar en consideración lo contemplado en la legislación comparada en donde se regula de forma más específica la modalidad de vientre de alquiler como técnica de reproducción asistida?.....	43
- Tabla 9: ¿Cree usted que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal?.....	44

Índice de figuras

- Figura 1: Condición de los encuestados	36
- Figura 2: Tomando en consideración la técnica de reproducción asistida y subrogación de maternidad. ¿Cree usted que el proceso de filiación en el Perú tiene algún vacío legal?.....	37
- Figura 3: Conoce si en el Perú existe normas específicas sobre filiación en donde se regule y establezcan criterios cuando se den casos de técnicas de reproducción asistida y subrogación de maternidad.....	38
- Figura 4: : ¿Tiene conocimiento de la existencia de alguna norma o ley que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú?.....	39
- Figura 5: ¿Cree usted que la maternidad subrogada vulneraría derechos de los niños nacidos a través de esta técnica de reproducción humana asistida?.....	40
- Figura 6: ¿Está de acuerdo que se regule la maternidad subrogada en la legislación peruana?	41
- Figura 7: ¿En alguna oportunidad ha tenido conocimiento de algún caso sobre filiación derivado de un procedimiento de maternidad subrogada, en el Perú?.....	42
- Figura 8: ¿Considera usted que el Perú debería tomar en consideración lo contemplado en la legislación comparada en donde se regula de forma más específica la modalidad de vientre de alquiler como técnica de reproducción asistida?.....	43
- Figura 9: ¿Cree usted que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal?.....	44

Resumen

La presente investigación tuvo como objetivo general determinar de qué manera la mejora del proceso de filiación derivada maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú beneficiaría a las personas en los procesos de filiación, utilizándose el enfoque cuantitativo, al describir y analizar aspectos teóricos-jurídicos en concordancia con los objetivos propuestos evidenciando la problemática sobre la filiación derivada de la maternidad subrogada.

Se aplicó una encuesta a jueces, fiscales, procurador público y abogados litigantes para recabar información sobre el tema en estudio, donde el 96% considera que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada, con la finalidad de subsanar un vacío legal para no vulnerar derechos fundamentales: el derecho a la identidad, el principio de la dignidad humana, el interés superior del niño, y el de protección a la familia.

Ante ello, se realiza la propuesta de una fórmula legal consistente en un cuarto párrafo, en el artículo 21 del C.C, que permita registrar el nacimiento de un niño a hombre o mujer para obtener la filiación derivadas de la maternidad subrogada.

Palabras clave: Filiación, maternidad subrogada, vacíos legales, reproducción asistida.

Abstract

The general objective of this research was to determine how the improvement of the filiation process derived from surrogacy as a technique of assisted reproduction in Peru would benefit people in the filiation processes, using the quantitative approach, when describing and analyzing theoretical aspects- in accordance with the proposed objectives, evidencing the problem of filiation derived from surrogacy.

A survey was applied to judges, prosecutors, public prosecutor and trial lawyers to gather information on the subject under study, where 96% consider that art. 21 of C. C in the third paragraph, as specifications would be made to surrogate motherhood, in order to correct a legal vacuum so as not to violate fundamental rights: the right to identity, the principle of human dignity, the best interest of the child, and the protection of the family.

In view of this, a proposal is made for a legal formula consisting of a fourth paragraph, in article 21 of the C.C, that allows registering the birth of a child to a man or a woman to obtain filiation derived from surrogacy.

Keywords: Filiation, surrogacy, legal gaps, assisted reproduction.

I. INTRODUCCIÓN:

Con la invención de la fecundación "in vitro" se generó toda una revolución a nivel mundial y con el mejoramiento y perfeccionamiento de esta técnica se produjo una variación cualitativa de la realidad. Es a partir de entonces que se empiezan a realizar manipulaciones con el ser humano desde la fecundación. Es así como la fecundación se realiza fuera del vientre materno, y podemos diferenciar entre maternidad genética y maternidad gestacional; toda vez que la primera corresponde a la mujer que aporta el gameto femenino y la segunda a la mujer donde se desarrolla el embrión; también es posible contar con embriones albergados en un tubo de ensayo y aparecen otras técnicas como: La congelación de embriones, y otras aún más compleja como la maternidad subroga.

En el ámbito mundial hay que tener en consideración que en el año de 1978 nació la primera bebé probeta en Inglaterra, la misma que fue el resultado de una fecundación "in vitro" y nuestro país no es ajeno a esta realidad pues desde hace una década se practica con éxito clínico las técnicas de reproducción humana asistida.

La maternidad subrogada simboliza una ventaja para las parejas que por diversas razones biológicas u otras no pueden tener hijos o padecen de infertilidad. Les brinda la oportunidad de tener descendencia, de formar una familia y lograr su realización personal, sin embargo en materia legal presenta un sin número de inconvenientes como su calificación, si es visto desde la perspectiva de personas que hacen uso de estas técnicas para lograr descendencia, esto involucra su derecho de la persona (cuando hablamos del derecho a la procreación y el derecho al hijo), su calidad de acto de libre disposición del cuerpo humano, la afectación del derecho a la intimidad y en cuanto a los nacidos por este medios genera los inextricable problemas filiales que afectan el derecho a la identidad y la disminución y dejar de lado la adopción.

Es de suma importancia recalcar que los avances científicos en su mayoría se aventajan al derecho, pues en la actualidad vemos demanda de soluciones jurídicas a la problemática legal planteada por el uso de la técnica de maternidad subrogada, la cuales se demora en dar una solución jurídica a los problemas planteados en la

práctica. Esta carencia de concordancia entre la ciencia y el derecho, originan vacíos legales, siendo uno de ellos la filiación, así tenemos caso de Ricardo Moran que lleva más de un año pidiendo una solución jurídica para poder registrar a sus hijos debido a la falta de un ordenamiento jurídico especializado en nuestro país que regule la maternidad subrogada como técnicas de reproducción asistida en humanos.

La filiación viene hacer el vínculo legal que une a dos personas, donde uno es la madre, o padre y el otro es el hijo, o en otras palabras una descende de la otra, la que puede ser por un hecho natural o por un acto jurídico, es así que los problemas que observamos en la maternidad subrogada podríamos dividirlos en dos ramas una de ellas relacionada a la licitud de la práctica de la técnica y la segundo con la forma como se determina el status del nacido a través de ellas. Es aquí surgen los problemas al momento de determinar la filiación, la misma que se presenta como un tema frecuente, teniendo en cuenta que nuestro marco normativo fueron pensadas y elaboradas en una reproducción natural, cuando no era posible ni siquiera imaginar que la reproducción se podría dar por otro medio, o fuera del vientre materno, todo ello porque el ordenamiento jurídico peruano fue elaborado en tiempos distintos, antiguos donde no era posible imaginar la inseminación artificial y menos, una gestación por sustitución, como lo es la maternidad subrogada que hoy vemos en la práctica y la cual está causando un sin números de problemas de índole jurídico.

Es por ello que el avance y mejoramiento de la maternidad subrogada ha producido toda una revolución en el al momento de determinar la filiación poniendo en crisis nuestra legislación y mostrando falencias y vacíos legales que están afectando derechos de los niños, nacidos por este medio, por ello se necesita mayor esfuerzo para producir una solución adecuada y justa, que no afecte derechos fundamentales en beneficio de todas las personas y sobre todo de las familias que son origen de la sociedad y el estado.

En este sentido nos preguntamos “¿De qué manera la mejora del proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú beneficiaría a las personas en los procesos de filiación?”

La presente investigación se propone ante la problemática planteada de la filiación derivada de la maternidad subrogada como técnicas de reproducción asistida y se justifica:

Porque existe una falta de regulación y especificidad, la que muchas veces lleva a aplicar las normas de la filiación por naturaleza o por adopción, generando soluciones injustas o poco claras, vulnerando derechos de la identidad y otros.

Para contribuir a la mejora de esta problemática a través de la incorporación de un cuarto párrafo al artículo 21, como una fórmula legal que permita registrar el nacimiento de un niño a hombre o mujer para obtener la filiación derivadas de la maternidad subrogada y beneficiar a las personas en los procesos de filiación.

El objetivo general de la presente investigación es: Determinar de qué manera la mejora del proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú beneficiaría a las personas en los procesos de filiación.

Mis objetivos específicos son los siguientes: Analizar el proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú, Evaluar el proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en la legislación comparada y proponer la incorporación de una fórmula legal consistente en un cuarto párrafo, en el artículo 21 del C.C, que permita registrar el nacimiento de un niño a hombre o mujer para obtener la filiación derivadas de la maternidad subrogada.

La hipótesis planteada es: Si se mejora el proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú entonces beneficiaría a las personas en los procesos de filiación.

II. MARCO TEÓRICO:

A continuación, se presenta un conjunto de investigaciones a nivel internacional, nacional y local, que permitirán conocer los antecedentes de la presente investigación:

Cano y Esparza (2018) en su artículo titulado: “El anclaje jurídico ante las técnicas de reproducción asistida”, en su última conclusión manifiestan:

Es necesario hacer un revisión de la problemática de las personas que padecen de infertilidad, porque son ellas las que recurren a las TRA y es obligación del estado brindar normativa integral que incluya las Técnicas de reproducción asistida , el mismo debe respetar los derechos de las personas garantizando y protegiendo el actuar de los profesionales de la salud así como permita incentivar el avance de la ciencia y que este se encuentre una regulación especial, para que las establecimientos de salud sea público o privado actúen conforme a ley en estas prácticas de TRA. (p.46)

Este antecedente es muy importante porque manifiesta la necesidad de un marco normativo que regule las técnicas de reproducción asistida, teniendo en cuenta que la maternidad subrogada es una de estas técnicas que también necesitan un marco normativo específico de tal manera dirija el proceder de los expertos de la salud, debiendo realizar estas prácticas con apego a la ley, siempre respetando los derechos humanos.

Iturburu, Salituri y Vásquez (2017), en su artículo titulado: “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, en su primera conclusión de cierre menciona:

“Al haber integrado las TRHA en su legislación, como la tercera fuente filial, es un cambio que se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, basado en los principios de realidad y pluralidad, garantizando a

toda persona su realización de su plan de vida, formando una familia, independientemente de su orientación sexual”. (p.39)

La presente investigación es muy importante, en la medida que considera muy indispensable la regulación de las TERAS, siendo el vientre subrogada una de estas técnicas, porque garantiza el derecho de una persona a formar su familia y vivir de acuerdo a su plan de vida, toda vez que protege derechos fundamentales y no existe tratos discriminatorios y le brinda la posibilidad de tener descendencia sin importar su orientación sexual. Cabe recalcar que en nuestro país la regulación de las TERAS debería darse a través de algún mecanismo para evitar toda vulneración de derechos y aplicación de la ley que resulta muchas veces discriminatoria.

Villamizar (2017) en su tesis titulada: “Implicaciones de la Maternidad Subrogada en Colombia frente a los Derechos Fundamentales en la actualidad”, para optar el título de abogada en la universidad Santiago de Cali en su cuarta conclusión manifiesta lo siguiente:

La maternidad Subrogada es algo que se realiza en nuestro país, por lo que se tiene que legislar y se debe desarrollar proyecto de ley donde se establezca que las mujeres en Colombia que celebren estos contratos cuenten con la debida protección, y evitar cualquier tipo de explotación para que no se vea afectado su dignidad humana, y además que esta legislación proteja al niño que está por nacer, toda vez que, los derechos de estos priman en la constitución sobre los demás, siendo los niños sujetos de especial protección por el estado y la sociedad. (p.19)

Esta investigación es importante porque manifiesta la importancia de regular la maternidad subrogada para no vulnerar derechos tanto de la madre sustituta como del niño nacido a través de esta técnica, toda vez que en la constitución los derechos de los niños tienen una protección especial al igual que en nuestra legislación, que al no existir una legislación específica para regular la maternidad subrogada muchas veces las soluciones jurídicas que se le dan en la práctica,

terminan perjudicando a estos niños y padres que tienen todo el deseo de cumplir con derechos y obligaciones que la filiación le asiste.

Ambrosio (2020), en su tesis titulada: “Regulación Jurídica de la Ovodonación en el Perú”, para optar el Título de abogado en la Universidad Tecnológica del Perú, en su segunda conclusión manifiesta:

“Una de las técnicas que no está regulada en nuestro país es la ovodonación, es por ello, que existe la necesidad de un cuerpo de ley especial, que permita custodiar aquellas situaciones y derechos fundamentales, que por no contar con regulación podrían ser vulneradas”. (p.67) Lima

La presente investigación nos recalca la importancia de la regulación de la ovodonación, para no vulnerar derechos de los niños alumbrados por estos procedimientos médicos, toda vez que al no estar regulado en muchos casos se da unas soluciones discriminatorias y en otros casos estos procesos en búsqueda de soluciones jurídicas llevan años perjudicando a los niños nacidos por este medio.

García (2019), en su Tesis titulada: “Análisis de los principios y derechos fundamentales vulnerados con la maternidad subrogada”, para obtener el título de abogado en la Universidad de Piura, en su segunda conclusión manifiesta que:

El principio de la dignidad humana, de la protección a la familia y el interés superior del niño y el adolescente se quebrantan con la practica de la maternidad subrogada, así como también, se perjudican derechos como la a la vida, la identidad y el principio de la dignidad humana. (p. 101)- Piura

Esta investigación es importante porque describe la problemática de la maternidad subrogada desde una mirada ética y con el análisis de nuestro ordenamiento jurídico; la misma que considero es producto de la falta de un marco jurídico, toda vez que al no estar prohibida según el art 7 de la ley de salud y derechos de toda persona a la libre disponibilidad de su cuerpo debería estar reglamentada para evitar estas situaciones.

Díaz (2021), en su tesis: “El vacío legislativo en el artículo 21 del Código Civil y los hijos nacidos por maternidad subrogada”, optar el título profesional de abogado, en la Universidad Privada Antenor Orrego, en su primera conclusión manifiesta lo siguiente:

La parte final del artículo 21 del Código Civil contraviene el derecho que tienen el padre para inscribir a su hijo con sus apellidos el nacimiento, toda vez que este niño proviene de la técnica de la maternidad subrogada, siendo que el artículo en mención no tiene inmersa la posibilidad de que el padre sea el único progenitor del niño o niña de cual se busca inscribirla. (p.67)

Esta investigación es importante porque reconoce que existe un vacío legal en el Artículo 21 de nuestro Código Civil, el cual no permite la inscripción del nacimiento del menor teniendo como único progenitor al padre, vulnerando el derecho a tener una familia y al menor el derecho a la identidad y los demás derechos derivados de este derecho.

Teves (2021), en su tesis titulado : “Fundamentos para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana , los aportes de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado”, para optar el título de abogada en la universidad de Nacional del Altiplano de Puno, en su primera conclusión manifiesta lo siguiente:

La base legal para regular la maternidad subrogada proviene del derecho a la reproducción familiar, sea de manera directa o indirecta, y esta permitida por el derecho comparado el cual lo desarrolla ampliamente con legislaciones especiales y que las razones para legislar la maternidad subrogada en el Perú radican en el derecho de reproducción humana y promoción familiar, y para materializarlo realiza una propuesta. (p.145)

Vega (2017), en su tesis que lleva por título: La inaplicación del principio mater semper certa est en los casos de “útero subrogado”, para optar el título de abogado en la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, en su segunda conclusión manifiesta lo siguiente:

Si el legislador sigue con la idea de no legislar el útero subrogado existirá dificultades en las relaciones familiares y sociales, las mismas que generaran vulneraciones de derechos a las personas involucradas en estas prácticas, lo que los llevara a buscar mecanismos ilegales para el reconocimiento de la maternidad; es por ello que se exige una pronta regulación la cual debe estar basado en el principio de verdad biológica e identidad genética. (p. 109)

La presente investigación reconoce la importancia de las Regulación de la maternidad subrogada, para que no exista problemática relacionada con la filiación y la identidad del menor, y de esta manera no se vulnere derechos fundamentales de los menores nacidos por estos métodos.

Las investigaciones previas coinciden en que la falta de regulación de la maternidad subrogada, conlleva a diferentes problemáticas derivadas de la filiación, la misma que hasta el momento no ha sido incluida en nuestra legislación los que está llevando a que cada día existan más casos en espera de una solución jurídica como lo es el caso de Ricardo Morán.

Definición de términos:

El vocablo filiación proviene del término latina filius, la misma que se originó del termino filium que significa deriva del hijo en relación de los padres o simplemente relación del hijo con sus engendrados. (Monlsu, 2013,p.300.)

En palabras de Rospigliosi (1999) la filiación la define de dos maneras: En sentido genérico la define como el vínculo que une a la persona con sus parientes, es decir ascendentes y descendentes y la filiación en sentido estricto, la conceptualiza como el vínculo que une a los padres con los hijos, además de existir entre ambos una relación de sangre y de derecho". (p.31)

Se llama filiación al vínculo que liga de manera natural o jurídica a los hijos con sus progenitores, estos progenitores se convierten en sus padres, adquiriendo la calidad de madre si es mujer y de padre si es hombre y que muchas veces esta es conocida como una doble filiación. (Monroy,Borda y Forero ,1997, p.30)

Según Zannomi (1989), “la filiación está definido por la procreación, generando ese vínculo jurídico entre padres e hijos”. (p.359)

Para Díez Picazo y Gullón, conceptualiza a la filiación como “la relación que se establece entre personas a las que la ley coloca como de padre y madre, y a quienes las colocan como hijos”.

Para Alex Plácido la filiación la define de dos maneras la primera en términos amplios como descendencia en línea recta, y la segunda en términos jurídicos nos dice que tendría un significado más restringido equivalente a la relación contigua del padre o madre con su hijo.

Para la investigadora la filiación es el vínculo que une a los padres con los hijos, el mismo que genera derechos y obligaciones, sean estos procreados por reproducción natural o asistida.

Son dos los elementos componentes de la filiación: la procreación y el reconocimiento; recordando siempre que es necesario que el niño nazca para gozar de todos sus derechos o status jurídico de hijo.

Con relación al nacimiento la ley establece la presunción de filiación dependiendo de cada caso, pero en nuestro código Civil solo encontramos la filiación matrimonial y extramatrimonial. Así como también la filiación por adopción, aquella que, sin tener un vínculo sanguíneo, se realiza el reconocimiento.

En nuestro Código Civil de 1984 encontramos en la Sección Tercera – La Sociedad Paterno –Filial, en el Título I, y dentro de ella está contemplado la Filiación matrimonial en el Capítulo Primero iniciando con la regulación de los Hijos matrimoniales en el Artículo 361 que nos manifiesta sobre la presunción de paternidad, donde nos dice que será un hijo matrimonial el hijo o hija que haya nacido durante el matrimonio o en los trescientos días calendarios (300) de haberse disuelto esté, pero hace la excepción que no será matrimonial cuando la madre declare que no es su esposo. Asimismo, la Filiación Extramatrimonial se encuentra contemplado en el Art. 386.- nos habla sobre los hijos extramatrimoniales y nos manifiesta que son todos aquellos engendrado y alumbrados fuera de las nupcias.

Clases de filiación:

Para Aguilar Llanos (2016), en su libro: "Tratado de Derecho de Familia", manifiesta lo siguiente respecto a las clases de filiación, de las cuales nos propone: La Filiación biológica donde no existe incertidumbre alguna de la relación paterna o materna filial, y si esta fuera cuestionable, sería fácilmente salvable mediante prueba de ADN. (p.309)

Al principio, el alumbramiento de un niño fue el resultado de una relación íntima entre un hombre y una mujer, donde cada uno aporta su gameto, y de esta fusión de ovulo - espermatozoide se produce el huevo o cigoto el cual se desarrolla en el claustro materno hasta el alumbramiento, por lo que este nuevo ser, o este hijo o hija tendrá como padres a los que aportaron los gametos.

Filiación legal denominada también filiación jurídica, El código Civil de nuestro país protege esta figura, la misma que define como el vínculo que une a quienes ante la ley son hijo, padre o madre. Esta protección que le brinda la ley a la filiación legal es sobre la base de la presunción *pater is quem nuptiae demonstran* (padre es quien las nupcias demuestran), que quiere decir quiénes son padre, madre e hijo, y lo son aquellos nacidos dentro del matrimonio. Por ejemplo, Cuando una mujer es casada y alumbró un hijo, este tendrá por padre a su esposo, el cual deberá asumir todos los deberes que le impone este vínculo filial, toda vez que se sustenta en el deber del matrimonio como la cohabitación y la fidelidad; pero no siempre se admite este hecho, porque no siempre la mujer casada tiene un hijo biológico de su marido, la misma que puede haber cometido adulterio, siendo este causal de divorcio, estando esto previsto en el art. 333 de CC peruano, y de allí que se puede quitar fuerza esa presunción. Es así que la filiación legal va a incumbir a la filiación biológica, aunque hay algunas excepciones donde se puede controvertir la paternidad matrimonial, así por ejemplo en la inseminación artificial heteróloga, cuando la mujer casada ha fusionado su óvulo con el semen de una tercera persona, ajena a su marido, que nos es su esposo, entonces esta mujer alumbrará un niño que biológicamente no es de su marido, pero sin embargo por haber nacido dentro del matrimonio, según este supuesto, ese hijo tendrá por padre a su esposo.

Filiación social es una nueva noción que responde bajo principio superior del niño y adolescente, en donde quien aparece y cumple con la figura de padre, no es el padre biológico, a pesar de haber sido corroborado con el examen de ADN, esto nos da la idea que tiene que valorar cada situación concreta, esto nos da la idea que no basta la prueba biología del ADN, para que se decida sobre la convivencia del hijo con el padre biológico, además se tiene que tener en cuenta los antecedentes y también con quien ha vivido el niño anteriormente como era la que relación con su padre social.

Debemos comprender de lo mencionada por los autores: En primer lugar, la filiación viene a ser el resultado de un hecho biológico, situación en la que se encuentran relacionados los procreadores y procreados, y estos de sus progenitores. Denominando padre a los progenitores e hijos a los procreados. Y en el plano jurídico, la filiación es aquella relación que genera derechos y obligaciones, entre los que podemos encontrar, los de protección, educación, alimentación, entre otros. Siendo los llamados padres los que deben asegurar que sus hijos gocen de estos derechos que son fundamentales para su existencia y realización como persona.

Comúnmente, la relación jurídica de filiación tiene como base un hecho natural o biológico a partir del cual van a derivar las consecuencias jurídicas, sin embargo, no siempre existe la conexión necesaria entre hecho biológico y jurídico, es decir que el legislador debe conocer la realidad biológica la cual le va a servir de base para determinar la filiación jurídica, pero también debe tener presente que no es el único criterio a tener en cuenta cuando este niño proviene de un procedimiento de técnicas de reproducción asistida. (López ,Montez y Roca, 1997,p.20).

Filiación matrimonial: Es una institución que se encuentra incorporado al matrimonio y hace mención al hijo producto de las relaciones matrimoniales de sus padres, siendo está la causa fundamental. Sin embargo, para determinar la filiación, el solo acto matrimonial, no es suficiente, es por ello, que existen teorías que tratan de definir cuando un hijo es matrimonial y los extramatrimoniales. (VARSI, 1995, p.42)

Así tenemos que las Teorías sobre la filiación son las siguientes: Teoría de la concepción, Teoría del nacimiento y la teoría mixta, las cuales detallamos a continuación:

Teoría de la concepción: Esta teoría nos dice que serán hijos matrimoniales, los procreados por los padres casados, nazcan dentro del matrimonio o disuelto el vínculo matrimonial, es decir fuera del matrimonio. Y los engendrados antes del matrimonio serán hijos extramatrimoniales, aunque su nacimiento se dé dentro del matrimonio. Estas teorías marcan una gran diferencia entre los hijos de los mismos padres. (Rospigliosi, 1999, p.41)

Teoría del nacimiento: Para esta teoría serán hijos matrimoniales los nacidos desde el momento en que sus padres estén casados, no importa el momento de la concepción. Es decir, para esta teoría para serán hijos matrimoniales todos aquellos nacidos después de celebradas las nupcias y si esta se disuelve, todos aquellos nacidos después de ellos serán extramatrimoniales, sin importar el momento de la concepción. (Rospigliosi, 1999,p.42)

Teoría mixta: Esta teoría resulta de la combinación de las teorías del nacimiento y la concepción, al haber observado lo injusta que resulta la aplicación de las dos teorías anteriores, beneficiando al hijo, teniendo en cuenta lo expresado en nuestro CC en el art.1: "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece". En concordancia con el art. 361 del Código acotado, donde nos refiere que el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los 300 día siguientes a su disolución tiene por padre al marido, a menos que la madre declare lo contrario, en este sentido, el art. 361 del CC, puede ocasionar situaciones injustas, toda vez que, bajo este supuesto, pueden atribuirse hijos a maridos que no se estimen padres de ellos. (Rospigliosi, 1999,p.44)

Esta teoria tiene los siguientes fundamentos: Que con la concepción comienza la vida humana, el esposo de la mujer se presume padre del hijo de ésta, el no permitirle las nupcias a la viuda, mientras no transcurra 300 días de la muerte del

esposo, a excepción que esta alumbre un hijo, así mismo esta disposición se amplía si la mujer es divorciada y la atribución del esposo de impugnar la paternidad del hijo a su esposa. (Rospigliosi, 1999,p.44)

Se debe tener en cuenta al momento de determinar la paternidad patrimonial: el hecho de la concepción y el nacimiento, además de respetar los plazos legales establecidos por ley. (Rospigliosi, 1999,p.44)

Técnicas de reproducción asistida:

Las TERAS, TRA o técnicas de reproducción asistida en palabras de Monroy son:

“(....) Procedimientos que se usan para reemplazar u optimizar el proceso biológico de la concepción natural humana, los mismos que son apoyados y desarrollados de manera médico científica.(2013,p.38)

Estas técnicas de reproducción asistida son:

Fecundación In Vitro (FIV): Esta técnica incluye diversos procedimientos médicos que se practican para aventajar algunas clases de infertilidad, mediante este método se logra la fecundación del ovulo por el espermatozoide en una placa de cultivo de un laboratorio, toda vez que no se pudo realizar por un procedimiento natural.(Vargas, 1993,p.15).

La fecundación in vitro (FIV): En esta técnica la fecundación ocurre fuera del cuerpo de la mujer que se está sometiendo a este tratamiento, si este procedimiento obtiene resultados favorables y se logra la fecundación estos nuevos embriones serán implantados dentro del útero y ahí se desarrollará el nuevo individuo. (Sociedad de la fertilidad española, 2011,p. 42)

Esta técnica fue creada para aquellas mujeres que presentan ciertos problemas fisiológicos como por ejemplo: la obstrucción del útero, la ausencia de ovarios y lesiones en las Trompas de Falopio las cuales fueron causantes que estas mujeres no pudieran salir embarazadas.

Para que la aplicación de esta técnica son necesarios los siguientes requisitos:

Se debe disponer de espermatozoides de un hombre, el cual fue recolectado anticipadamente por masturbación; tener uno o varios óvulos, recolectados por procedimiento técnico en un centro sanitario apropiado, luego llevarlo a una placa de cultivo el ovulo y el semen, y esperar que la fecundación in vitro se produzca para después realizar la transferencia de embriones al útero de la mujer. (FIVTE). (Vargas, 1993,p16.)

Microinyección espermática (ICSI): Esta técnica es una variación de la fecundación in vitro, y consiste en el procedimiento de manipular aún más activamente en el proceso de la fecundación, el mismo que consiste en penetrar un espermatozoide, anteriormente seleccionado, dentro de cada uno de los ovocitos. Si resulta positivo la fecundación y progreso in vitro de los embriones obtenidos, se realiza una selección de un número apropiado de embriones, para ser trasladados al útero, con la finalidad de conseguir una gestación evolutiva. (Sociedad española de fertilidad, 2011,p 42)

El procedimiento tanto para la fecundación in vitro como para la Microinyección espermática consiste en primero la obtención de ovocitos y para ello se tiene que estimular la producción de ellos a través de farmacos que ocasionan la estimulación hormonal que se administra a la mujer de la cual se van extraer los gametos femeninos, luego a través de otro farmaco producir la maduración de los ovocitos contenidos en el folículo antrales para generar la ovulación y es a partir de este momento que se programa la extracción del ovocito, el mismo que ha sido controlado su crecimiento y maduración final con ecografías y análisis de sangre.

El proceso de extracción de ovocito se da a través de punción del ovario, este es un tratamiento que se puede realizar bajo anestesia y con control ecográfico .

La extracción de espermatozoides puede realizarse a partir de una muestra de semen la misma, que puede haber sido recolectada a partir de los procedimientos de punción del epidídimo o de una biopsia testicular. Esta muestra es llevado al laboratorio y preparada con la finalidad de seleccionar los espermatozoides que serán utilizados en la fecundación. Una vez lograda la fecundación los embriones los embriones son

seleccionados por su calidad y luego se realiza la transferencia de embriones el cual es un tratamiento que no causa dolor y se realiza sin anestesia. (Sociedad Española de Fertilidad, 2011,p.44)

La Inseminación artificial intrauterina es un procedimiento que consiste en el depositar los espermatozoides anticipadamente preparados adentro de la cavidad uterina, donde no existe un contacto sexual con la finalidad de lograr un embarazo. (Ramos, Delgado y García, 2012,p.2).

En terminos sencillos la podemos definir a la inseminación artificial como la técnica consistente en la introducción de una cantidad de semen en el aparato reproductor femenino, donde no se produjo el coito, es decir donde no se produjo el acto sexual, este procedimiento lo realiza el ginecologo.

La inseminación artificial puede clasificarse teniendo en cuenta de donde provengan los espermatozoides, siendo homóloga o conyugal cuando los espermatozoides proviene de la pareja o esposo y de donador o heteróloga, cuando provienen de un tercero; además esta muestra de espermatozoides deben estar preparados, y acrecentar las condiciones de la muestra de espermatozoides, lo que aumentaria la posibilidad de embarazo. La fecundación dependera de diversas variables, por ejemplo de el tiempo que pasa luego de la obtención de la muestra en fresco o la criopreservación; o también, si se efectúa con ciclo natural o provocado. (Pérez, 2003,p.26)

“Las circunstancias a tener en cuenta para la probabilidad del embarazo son: que la muestra espermatica sea de buena calidad, verificar la permeabilidad tubaria y la ovulación”. (Pérez, 2003,p.26)

Donación de ovocitos:Es una técnica a la que se recurre en aquellos personas cuando los ovocitos de la mujer no tienen la calidad suficiente para conseguir un embarazo, o se han acabado o se padece de una alteración genética o cromosómica. (Sociedad española de fertilidad, 2011,p.56)

La donante del ovocito puede ser cualquier mujer, de edad comprendida entre 18 y los 35 años y quien debe tener buen estado de salud física y psíquica. Para este proceso de donación de ovocitos se inicia con una , donde se detalla e informa cómo se desarrollará el proceso, también se explica las posibles dificultades o complicaciones y las pruebas a las que debe someterse la mujer que desea donar óvulos, los mismos a los que tiene que ser sometida anticipadamente. (Sociedad española de fertilidad, 2011,p.56)

Maternidad subrogada : Llamada maternidad de alquiler , de encargo, de portadora o de sustitución y se da cuando una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión o embriones que se desarrollará hasta su alumbramiento, con el objetivo de entregarlo después del nacimiento a otra mujer, hombre o a una pareja ya sea matrimonial o de hecho. (Borja,2015,p.4)

Se conceptualiza la maternidad subrogada, como la gestación de sustitución o también conocido como vientre de alquiler, consistente en un pacto o compromiso por una mujer que tendrá que gestar un niño y luego del nacimiento transferir todos los derechos y obligaciones sobre este en beneficio de otra mujer que figurará como la madre. (Sánchez, 2010,p.24)

También podemos entender como maternidad subrogada como el acuerdo al que se compromete una mujer de llevar en su vientre un embrión hasta su alumbramiento, con la finalidad de entregarla a otra mujer o a una pareja los cuales desempeñarán la función de padres.

Podemos encontrar dos tipos de maternidad subrogada, la parcial y la total, las que detallaremos más adelante, (Mendoza, 2013,p.40)

La maternidad parcial cuando la madre sustituta, es decir la madre contratada que alojara al embrión en su útero, aporta su óvulo, el cual es inseminado con el espermatozoides del hombre de la pareja contratante. En este caso estaremos hablando que el niño nacido a través de este procedimiento tiene un vínculo genético con la madre sustituta, la misma que deberá renunciar a todos los derechos respecto al niño.

La maternidad total cuando la madre sustituta no guarda ningun vínculo genetico con el niño que lleva en su vientre, por que el embrión ha sido fecundado de manera In vitro con los gametos provenientes de la pareja contratante. Este tipo de maternidad tambien es conocido como subrogación gestacional.

Existen otras clasificaciones como la que menciona la autora Mir (2010): Donde nos dice que la maternidad subrogada puede ser comercial; cuando la madre sustituta a cambio de dinero alquila su vientre y altruista cuando la madre susutituta lo realiza sin esperar nada a cambio es decir lo hace por solidaridad, mayormente esta se da entre familiares y amigos.(p.33)

Para Varsi la maternidad subrogada puede realizarse en diferentes modalidades:

-Madre portadora aquella mujer que puede producir óvulos, pero que tiene alguna deficiencia física u otro que le oimpide gestar, por lo que recurre a otra mujer para que geste al embrión , aquí hablaremos de una maternidad subrogada parcial.

- Madre sustituta se trata de una mujer que produce óvulos y tampoco puede gestar, por alguna deficiencia uterina y ovarica. En este caso se trataria de maternidad subrogada total.

- La ovodonación cuando una mujer que no puede generar óvulos pero si puede gestar,tambien seria maternidad parcial.

- La embriodonación, cuando existe problema de infertilidad de la pareja, es decir hay infertilidad por parte tanto de la mujer como del varon, lo que implica que deberan buscar donador tanto del ovulo como del esperma, en estos casos es una maternidad subrogada total. (2001,p.264)

Problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada:

Para comprender la problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada debemos conocer sus variantes la que se producen cuando:

- El óvulo y el semen proviene de la pareja “contratante”.

- Óvulo proveniente de la esposa “contratante” y el semen de un “cedente”.
- El óvulo procedente de un cedente y el semen al esposo "contratante".
- Óvulo como el semen provienen de cedentes.
- Óvulo procede de la “madre sustituta” y el semen del esposo “contratante”.
- El óvulo procede de la “madre sustituta” y el semen de un cedente”.

De las variantes de la maternidad subrogada la única que se encuentra regulada en nuestra legislación peruana, en la ley de salud, en el artículo 7 es donde, “madre gestante compartía carga genética con su bebé”, presentando problemática al momento de registrar a los niños provenientes de esta técnica de reproducción asistida.

En nuestro país se han presentado los siguientes casos sobre filiación derivadas de la maternidad subrogada, del cual extraemos las soluciones jurídicas planteadas:

Según la Sentencia recaída en el Exp. 06374-2016-0- 1801-JR-CI-05. la Corte Superior de Justicia de Lima, del Quinto Juzgado Especializado Constitucional. Asunto: Inscripción en RENIEC, manifiesta el caso de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau en el año 2005 contraen matrimonio, desiden tener hijos, no logrando su objetivo de manera natural, por lo que los médicos le sugirieron que la única forma de tener descendencia sea a través de un “vientre de alquiler”, recurriendo de esta manera a los esposos Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro (obtenido del espermatozoide del señor Nieves y el óvulo donado) en el vientre de la mujer; el problema surge poco después del nacimiento de los niños, pues el médico tratante certifica que el padre de los menores son el señor Nieves y la madre la señora Rojas, el médico no considera lo mencionado por esta, que es vientre de alquiler; y, siendo así, como RENIEC registra a los menores en sus Acta de Nacimiento. Es por eso que la pareja contratante inicia un proceso administrativo solicitando la rectificación de las Actas teniendo como fundamento primordial el derecho a la identidad de los menores y el Principio de interés superior, declarándoles improcedentes las solicitudes. Frente a este resultado inician un proceso constitucional de amparo, planteando los fundamentos siguientes como son derecho a fundar una familia y el interés superior de los menores, resultando el proceso declarado fundado, declarando Nulas las Resoluciones Registrales; por lo que se

ordena anular las Acta de Nacimiento, además de ordenar a RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento donde los apellidos de los niños tendrían que ser “Nieves Ballesteros”, así también, registrar el nombre de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteroa Verau, como padres de los menores.

De esta resolución podemos extraer los siguientes fundamentos que regula la maternidad subrogada en nuestro país:

De la resolución en mención podemos extraer la regulación de las TERAS, contemplada según la interpretación del art. 7 de la ley de salud, donde manifiesta el derecho de las personas a recurrir a los tratamientos de infertilidad o el uso de técnicas de reproducción asistida, como un medio para procrear, pero añade que tiene que ser la misma mujer la que de la carga genética y la que gestó. (p.13)

Además, de la interpretación del artículo en mención, nos dice que solo regula el supuesto de que la madre gestante comparta carga genética con su bebé, sin embargo aclara que los otros supuestos, que no están previstos en la norma, no están prohibidos, es decir proscritos, toda vez que no hay ley o norma específica que lo prohíba.

Así mismo, nos manifiesta que no existe una norma que prohíba la práctica de la maternidad subrogada, es por ello que en aplicación del artículo 2, inciso 24, literal a) de nuestra Constitución Política, la práctica de las TERAS, incluido la maternidad subrogada, descansa en un pacto legítimo: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

Es por ello que los acuerdos de maternidad subrogada diferentes a los previstos en el art. 7, de la ley en mención, son válidos, por tratarse de un ejercicio de legítimo derecho, perteneciente al derecho a la salud reproductiva y los vinculados a esta. Así mismo gozar del derecho a tener una familia y que esta goce de protección por el estado.

Otra jurisprudencia donde podemos observar la problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada en el Perú y como a la falta de una norma específica, la Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Permanente, recaída en la CASACIÓN N° 563-2011 – Lima, los jueces supremos desarrollan un interesante test de ponderación de derechos constitucionales; como el derecho que tiene el menor

producto de esta técnica de reproducción asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando los dos, anticipadamente, tenían un acuerdo de procrear un este niño para entregarlo luego en adopción a cambio de ciertos beneficios. El presente caso se trata de una pareja de esposos que deseosos de tener hijos, buscar la ayuda de otra pareja, en la cual encargaron a la mujer la gestación de su hijo, a cambio de una alta suma de dinero (\$18 900 dólares americanos). Para la fecundación se utilizó el semen del esposo (G.S), y el ovulo de la madre de alquiler; resultando la niña biológicamente hija del contratante y de la madre sustituta. Luego del nacimiento de la niña, la gestante y su pareja (P.F.P.C), inscribieron a la menor como su hija, por lo que el padre biológico no figuraba como padre legal

La niña fue entregada a los nueve días de nacida, a la pareja contratante, los mismos que iniciaron un proceso de adopción por excepción contemplado en el Artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes, con la finalidad de constituir la filiación a su favor, sin embargo la gestante y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y desisten de continuar con la adopción, motivados por su hija mayor, a quien el desapego de su hermana le causó un problema emocional.

Después de haber evidenciado la situación y analizando la conducta de la gestante y su pareja, quienes en un inicio decidieron procrear la niña y renunciar a ella a cambio de un beneficio económico, se resolvió que tenía que prevalecer el interés superior de la niña, quien debe continuar viviendo con los demandantes, los que, según lo manifestado por el Tribunal, le proporcionan un ambiente idóneo. Y que resultaría gravemente perjudicial para la niña, a su corta edad, retirarla de su seno familiar. Motivos que llevaron a declarar infundado el recurso de casación.

Del análisis de la presente sentencia extraemos el duodécimo fundamentos, el cual nos manifiesta, que tiene que primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que tenía nueve días de nacida, además de haberse constatado con informes psicológicos y sociales favorables, pues quedó demostrado que la menor estaba recibiendo los cuidados adecuados, amor de parte

de los padres adoptantes, tanto de la madre, que no tiene lasos sanguíneos como del padre biológico, llegando a la conclusión que estos padres le proporcionan lo necesario para que la niña tenga un desarrollo integral, además de quedar demostrado que los adoptantes tengan carencia de moral, pues ellos actuaron por el deseo de ser padres, conducta demostrada durante este proceso y con el cuidado a la menor, así mismo los informes periciales favorables a la demandante, a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente; además de haberse evidenciado que los demandados en ningún momento han negado que recibieron un beneficio económico por parte de los demandantes, durante la gestación y después de entregar a la niña.

Así mismo, han señalado que la gestante junto a su pareja consintieron la inseminación artificial por una persona distinta a su pareja, para luego gestarla hasta el nacimiento y así entregar a la menor a los contratantes, con la finalidad de mejorar su situación económica y luego viajar a Italia con su familia, con lo que se evidencia en los demandados que su finalidad eran muy distintos a los de una paternidad ó maternidad responsable, quedando evidenciado el beneficio económico que recibieron los demandados al entregar a la niña y durante toda la gestación, es por ello que sus argumentos al momento del desistimiento carecen de fundamentos y sustento.

Otra caso y que aun no tiene una solución jurídica en el caso del famoso conductor de televisión Ricardo Mora, quién deseoso de tener una familia recurrió a técnica de la “gestación subrogada”, con fertilización in vitro, donde el semen provenía de él y un óvulo donado, esta técnica fue practicada en Estados Unidos, donde los inscribió, pues existe una norma específica que regule esta técnica, motivo por el cual no presento ningún problema y tienen su partida de nacimiento, sin embargo al traerlos al Perú, al registrarlos en la RENIEC le dijeron que no se puede, pues las leyes peruanas no lo permite, es así que, el artículo 21 del Código Civil, no contempla que el padre pueda registrar a sus hijos solo con sus apellidos. (Morán, por Rpp.2019)

Es así como con el caso de Ricardo Morán, se evidencia el vacío de nuestra normativa, al no poder dar una solución frente a esta demanda perjudicando a este padre y a los menores, toda vez que al Perú ingresaron en calidad de turistas, por un tiempo de seis

meses y ahora han tenido que solitar su carnet de extranjeria, y no puede sacarlos del país porque segú n nuestra normativa necesitaría un poder notarial el cual debe estar firmado por la madre, que como sabemos en este caso es anónima. Es por ello, que Ricardo Morán inicia un proceso de Acción de Amparo para lograr la nacionalidad peruana de sus hijos.

Otro caso donde se evidencia el vacio legal en nuestra legislación, es el caso, de la pareja de chilenos, quienes deseosos de tener hijos llegaron al Perú en busca de ayuda y tratamiento de gestación subrogada. Isabel es el nombre de la enfermera que gesto a los hijos de los chilenos, quienes tuvieron un acuerdo y esta se realizo en la clinica del Dr. Luis noriega.

Los ovulos fueron donados y fecundados con los espermatozoides de Luis Tobar, y luego se realizo la transferencia de embriones al útero de la enfermera, la gestación se desarrollo con normalidad hasta que a finales de julio se adelanto el parto,nacieron los niños un 28 de julio de 2018, por lo que la pareja de chilenos retorno al Perú para el reencuentro con sus hijos, y llevarlos como ellos lo tenian planeado. Sin embargo cuando intentan salir del país migraciones los detiene y los acusan de trata de personas, pues los niños nacieron un dia antes de su llegada al Perú. Y por mas que Rosario le explicó a la policia que los niños eran producto de una maternidad subrogada, y que eran hijos de su esposo biologicamente, quedaron detenidos y los niños llevados a un albergue.

Después de las investigaciones se demostro que los niños eran hijos de su esposo, y la pareja de chilenos puesta en libertad.(Rpp. Noticias 2018)

Los casos anteriormente descritos de maternidad subrogada, nos llevan a la reflexión, toda vez que las personas deseosas de tener descendencia, firman un contrato previo, en muchos casos con retribución economica, lo que involucra un verdadero conflicto de derechos fundamnetales y bienes juridicos, el mismo que nos lleva a un profundo debate juridico, social y politico. (Valero, 2019)

De lo anteriormente analizado extraemos el marco normativo que regula la maternidad subrogada en nuestro país:

Ley de salud.

La ley de salud en su art. 7 contempla que las personas pueden recurrir para tratar su infertilidad, o a utilizar las técnicas de reproducción asistida como medio para procrear, pero acota que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma mujer. (ley de salud 26842, p.3)

Este artículo es el único donde está regulado que las personas que padecen de infertilidad puedan recurrir a las Técnicas de reproducción asistida como mecanismo para lograr su realización de tener una familia; pero sin embargo en el artículo en mención solo hace referencia a que sea la misma mujer, de la que provenga la carga genética y se desarrolle ese embrión hasta el alumbramiento; la cual ha generado toda una problemática por que la ciencia en cuanto a reproducción asistida ha desarrollado nuevas técnicas como la fecundación in vitro, la maternidad subrogada y otras que donde la madre genética ya no es la madre gestante, generándose toda una problemática al momento de la filiación por no estar regulado estos procedimientos.

Derecho a formar una familia reconocido en nuestra constitución en el art. 4 y también en diferentes convenios internacionales a los que se encuentra adscrito nuestro país, entre los que podemos mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Santos, 2018, p.102).

De igual manera el art. 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos manifiesta que a partir de una edad nubil varones y mujeres, sin impedimento de raza, condición social, raza, etc tienen derecho a formar una familia, además de gozar de protección por el estado y gozar también de igualdad de derechos en el matrimonio y también en caso de disolución de este. (Santos, 2018, p. 101).

Derecho al libre desarrollo de la personalidad, a través del cual toda persona puede desarrollar libremente su proyecto de vida, siempre y cuando no afecte a terceros.

La maternidad subrogada en el dercho comparado:

En España desde la Ley 14/2006, la gestación subrogada está totalmente prohibida. Por tal motivo, cualquier contrato sobre la gestación subrogada, con pago o sin el, donde se renuncia a la filiación materna de un tercero se consideraría nulo de pleno derecho, según lo dispuesto en esta ley. Sin embargo si se puede inscribir en registro civil a un niño nacido, por medio de esta técnica, siempre y cuando haya sido practicada en un país donde este regulado y sea legal, y debiendo cumplir con lo siguiente, que uno de los progenitores sea español, que el lugar donde nazca el bebé emita una resolución firme de filiación, y a través de esta sentencia se confirme tanto la maternidad como paternidad de los contratantes y que garantice que la madre gestante realice el proceso de sin presión, voluntaria y de manera libre. Además de realizar el reconocimiento de la asistencia extranjera y homologación en nuestro país a través del procedimiento jurisdicción voluntaria

Uno de los países donde esta permitida y regulada es en Canada, independiente mente de su opción sexual y de si esta tiene o no pareja , en otras palabras esta permitida para todos los modelos de familia, sin embargo, la ley canadiense establece una serie condiciones como por ejemplo el pago de la contraprestación u oferta de pago esta prohibida, el contrato de subrogación se debe realizar antes de llevar a cavo el procedimiento de transferencia de embriones, así también la madre sustituta, es decir la gestante no debe ser menor de 21 años y además para ser madre sustituta se debe haber sido madre previamente, es por ello, que estas restricciones hacen que la búsqueda de una gestante sea sea complicado, lo que ocasiona que no sea un destino muy común o rrecurrido. El único lugar en Canadá en que no es posible realizar esta técnica es en Quebec, Pues la ley establece como nulo todo contrato de maternidad subrogada. Resaltamdo que esta técnica esta permitida siempre y cuando tenga un sentido altruista, pues solo admite pagos derivados del embarazo, los mismos que deben estar bien justificados.

Estados Unidos ha sido uno de los primeros países donde se permitio la practica de la técnica de la maternidad subrogada, la cual es regulada sobre su propia legislación,

es por ello que no hay una regulación unitaria, además son pocos los estados que regulan la maternidad subrogada y muchos de ellos no. Es decir que la regulación dependiera de cada estado.

En Brasil, está permitida la maternidad subrogada de carácter altruista, cuando exista un problema médico que impida, o que no permita a una mujer ser madre, pero para ello se deben dar ciertas condiciones como por ejemplo que la madre subrogada tiene que ser familia hasta segundo grado de la madre biológica. Además de cumplir con una serie de condiciones establecidas por el Consejo Federal de medicina para acceder a este tratamiento. (Resolución 2. 121/2015)

De existir casos diferentes al regulado, se recurre a la evaluación de Consejo Regional de Medicina, el cual deberá dar su autorización. Así mismo se prohíbe que esta práctica sea con algún beneficio económico, en concordancia con el artículo 199, párrafo 4 de la constitución Federal. (Resolución 2. 121/2015)

El primer caso de una niña inscrita proveniente de maternidad subrogada de dos padres, fue el 29 de enero del año 2012, quien gestó la niña fue una prima de uno de los padres, se realizó de manera altruista, y fue el juez Recife, Clécio Bezerra, juez 1ª Vara de Familia, quien autorizó la inscripción de la niña. (Lamm, 2012, p. 3)

En Colombia a pesar de las múltiples entidades que ofrecen la practican de esta técnica como medio para lograr tener descendencia, aún no existe una ley que regule la maternidad subrogada, sin embargo, si existen muchos proyectos de ley para regular esta práctica, pero hasta el momento han sido sin éxito (Arteta, 2011, p. 93).

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido como válido los contratos de maternidad subrogada, toda vez que no existe norma que lo prohíba, pero resalta ciertos requisitos que debe cumplir este contrato para ser válido. Así también la doctrina reconoce que el artículo 42-6 de la constitución de Colombia reconoce la igualdad de derecho a los hijos nacidos durante el matrimonio o fuera de él, a los hijos adoptados y también los coloca en igualdad a los procreados de manera natural o con asistencia científica, lo que nos lleva a interpretar que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente.

En Argentina la filiación derivada de la maternidad subrogada esta regulada en su Código Civil y Comercial en el Artículo 558, donde reconoce como una de las fuentes de la filiación las técnicas de reproducción asistida y en el Capítulo 2, nos habla sobre las reglas generales para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. (Código Civil y Comercial Argentina,2014, p.100)

Asimismo, menciona que la maternidad subrogada como vientre de alquiler no es legal, sin embargo, tampoco existe ley que la prohíba, esta técnica está regulada por el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

III. METODOLOGÍA

3.1. Diseño y tipo de investigación

3.1.1. Diseño: El diseño de investigación es cuantitativo, en la medida que se recopila y analizará la información recabada acerca de la problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida y se buscará proponer una fórmula legal que ayude a mejorar estos procesos de filiación.

3.1.2. Tipo: El tipo es descriptivo – explicativo en la medida que se busca explicar la problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada y determinar de qué manera se mejora este proceso y proponer la incorporación de una fórmula legal que permita inscribir el nacimiento del niño a hombre o mujer poder siempre que este niño provenga de un procedimiento de maternidad subrogada.

3.1.3. Nivel: El nivel de investigación es correlacional toda vez que se busca explicar y dar una interpretación de la relación que existen entre las dos variables (independiente y dependiente)

3.2. Variables y Operacionalización

3.2.1. Variable Independiente: Maternidad subrogada como técnicas de reproducción asistida

3.2.1.1. Definición Conceptual: Maternidad subrogada, Maternidad de alquiler , de encargo, de portadora o de sustitución y se da cuando una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión o embriones que se desarrollará hasta su alumbramiento, con el objetivo de entregarlo despues del nacimineto a otra mujer, hombre o a una pareja ya sea matrimonial o de hecho. (Borja,2015,p.4)

3.2.1.2. Definición Operacional: Es cuando una mujer lleva implantado un embrión o embriones hasta su nacimiento, con la finalidad de

entregarlos a otra mujer o pareja, quienes hacen las veces de padre y madre, asumiendo todos sus derechos u obligaciones que la ley le faculta.

3.2.1.3. Dimensión: Inseminación intrauterina, Fecundación artificial, Maternidad subrogada, Donación de ovocitos y Inyección intracitoplasmática de esperma.

3.2.1.4. Indicadores: Inexistencia de una ley para regular el procedimiento. derecho a la vida, derecho a la identidad, derecho de la libre sexualidad y derecho de decidir cuántos hijos tener.

3.2.1.5. Escala de Medición: Nominal

3.2.2 Variable dependiente: Problemática de la filiación

3.2.2.1 Definición Conceptual: Filiación es aquel vínculo que une a una persona con todos sus ascendiente y descendientes (Rospigliose, 2003, p.23)

3.2.2.2 Definición Operacional: La filiación es aquel vínculo que une a los hijos con sus padres, estableciendo derechos y obligaciones entre ambos, sin importan su opción sexual

3.2.2.3 Dimensión: Normas Legales peruanas, Operadores Jurídicos, Doctrina, Jurisprudencia.

3.2.2.4 Indicadores: Art. 2 de la constitución, Art. 361 y 386 del Código civil. Art. 6 del Código del niño y el Adolescente, Art. 7 de la Ley de salud, Jueces, Abogados Especialistas, Nacional y extranjera: Argentina, España y Colombia.

3.2.2.5 Escala de Medición: Nominal

3.3. Población, muestra y muestreo

3.3.1. Población: La población estará conformada por:

- ✓ 10 Jueces civiles de Chiclayo
- ✓ 9127 Abogados Inscritos en el Colegio de Abogados de Lambayeque

3.3.1.1. Criterios de inclusión: Se ha considerado solo a los jueces de familia y abogados especializados en la materia.

3.3.1.2. Criterios de exclusión: En la investigación desarrollada no se consideraron a los profesionales que se dediquen a ejercer en otra rama de derecho como es: laboral, administrativo y penal

3.3.2. Muestra: Fue extraída de la población, quienes formaron parte de los beneficiados en el desarrollo de la justificación de esta investigación.

✓ 4 Jueces civiles especialistas en familia

✓ 26 Abogados

3.3.3. Muestreo: Se aplicó el muestreo no probabilístico selectivo por conveniencia, toda vez que no se utilizaron fórmulas matemáticas para determinarla, haciendo uso solamente de los criterios de inclusión y exclusión para determinar quienes formaron parte de la población.

3.3.4. Unidad de análisis: Se realizó el análisis teniendo en cuenta los criterios de exclusión e inclusión para obtener una muestra que resulte relevante y significativa, la misma que cumple con las características solicitadas de la población para obtener un resultado específico, real y preciso que le de respaldo a mi investigación.

3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos: Las técnicas utilizadas que permitieron la colección de información son la encuesta; para ello utilizamos los instrumentos, como el cuestionario dirigiéndola a Jueces y Abogados especialistas en materia Civil; pertenecientes a la jurisdicción de la provincia de Chiclayo, lo que permitió determinar el grado de conocimiento que tienen las muestras sobre el tema en estudio.

3.4.1. Técnicas: La técnica que se aplicó fue la encuesta por ser consideradas las más idóneas para la recopilación de información.

3.4.2. Instrumentos: Aplicando el criterio de inclusión se utilizó el cuestionario.

3.4.3. Validación del instrumento: El asesor temático ha validado el cuestionario y el estadista especialista en el área.

3.4.4. Confiabilidad: el Instrumento es confiable en función a los porcentajes obtenidos en la estadística.

3.5. Procedimientos: La información recopilada a través de los cuestionarios, fueron llevadas y organizadas en las diferentes herramientas del Excel, Word y SPSS; además se elaboró una encuesta virtual en el drive las misma que la enviamos a los integrantes de la muestra a través de un link, de esta manera obtener una correcta síntesis en tablas y figuras que muestran objetivamente los resultados de la presente investigación.

3.6 Método de análisis de datos: El método de análisis que se ha utilizado en la investigación es el método deductivo, porque mi punto de partida es problema general de investigación, siendo la problemática de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Perú, del cual se buscó información sobre las variables en estudio, al final se emitió la una fórmula legal que permita a hombre o mujer registrar su hijo, siempre y cuando este niño o niña provenga de una procreación asistida.

3.7 Aspectos éticos: La presente investigación se realizó teniendo en cuenta las recomendaciones, parámetros dados por la Universidad Cesar Vallejos, respetando los derechos de autor y propiedad intelectual. Los antecedentes se han obtenido de revistas, libros, tesis, artículos científicos, etc, teniendo en cuenta una antigüedad no mayor de 5 años a excepción de los libros con definiciones que hasta la fecha se mantienen y que resultan relevantes para la investigación, las mismos que han sido parafraseadas, interpretadas y citados siguiendo las normas APA, para después subirlas al Turnitin para evitar el plagio o la copia como podemos apreciar más adelante.

IV. RESULTADOS.

4.1. Tabla 1.

Condición de los encuestados.

Profesional	Jueces	Fiscales	Procurador	Abogados	Total
Cantidad	2	1	1	21	25
Porcentaje (%)	8%	4%	4%	84%	100%

Fuente: Investigación propia

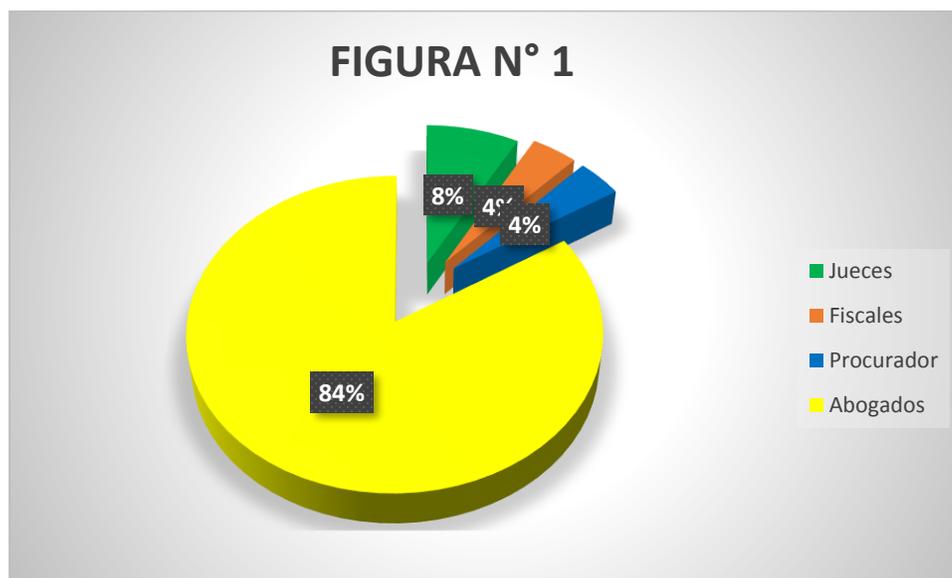


Figura 1: Investigación propia

De la tabla 1 y figura 1, se muestra la condición de los encuestados, donde se puede apreciar que el 84 % son abogados, 8 % son jueces, el 4% son fiscales y el 4 % son procurador público.

4.2. Tabla 2.

Tomando en consideración la técnica de reproducción asistida y subrogación de maternidad. ¿Cree usted que el proceso de filiación en el Perú tiene algún vacío legal?

TABLA N° 2

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total Condición	
	N	%	n	%	n	%	n	%		%
Si	2	100	18	86%	1	100	1	100	22	88%
No	0	0	3	14%	0	0	0	0	3	12%
Total	2	100	21	100	1	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia

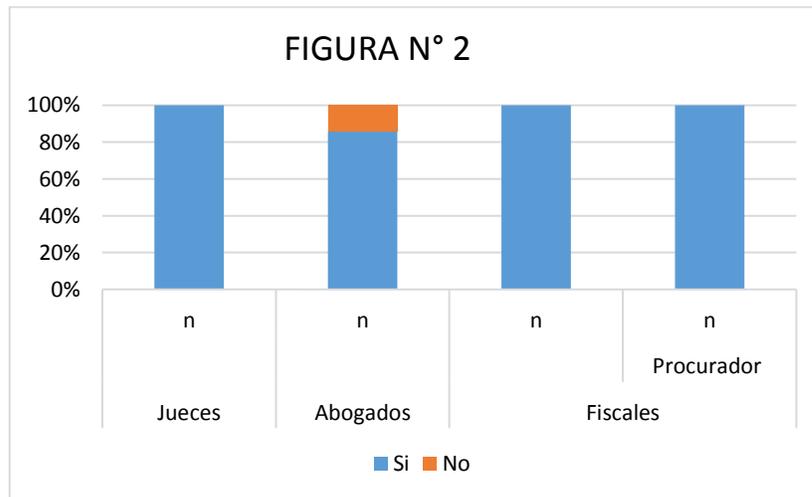


Figura 2: Elaboración propia

De acuerdo a la tabla y figura 2, se muestra que del 100% de jueces, fiscales y procurador público encuestados, consideran que el proceso de filiación en el Perú derivada de la técnica de reproducción asistida y subrogación de maternidad tiene algún vacío legal, mientras que de los abogados litigantes encuestados el 86 % también consideran que existe un vacío legal; frente a un 14% que considera todo lo contrario.

4.3. Tabla 3.

Conoce si en el Perú existe normas específicas sobre filiación en donde se regule y establezcan criterios cuando se den casos de técnicas de reproducción asistida y subrogación de maternidad.

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total Condición	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Si	0	0	3	14	0	0	0	0	3	12%
No	2	100	18	86	1	100	1	100	22	88%
Total	2	100	21	100	1	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia

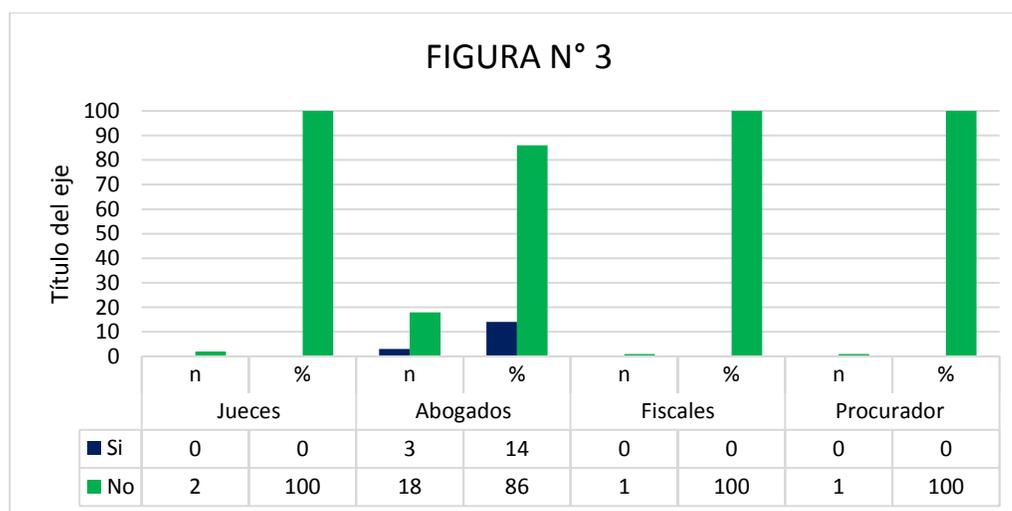


Figura 3: Elaboración propia

En la tabla y figura 3, se observa que el 100% de los jueces, fiscales y procurador público, respondieron que en el Perú no existe normas específicas sobre filiación en donde se regule y establezcan criterios cuando se den casos de técnicas de reproducción asistida y subrogación de maternidad, coincidiendo con el 86% de los abogados litigantes, mientras el 14% de abogados manifestó todo lo contrario.

4.4. Tabla 4.

¿Tiene conocimiento de la existencia de alguna norma o ley que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú?

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total	
	Condición		Condición		Condición		Condición		Condición	
	n	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Si	0	0	5	24	0	0	0	0	5	20%
No	2	100	16	76	1	100	1	100	20	80%
Total	2	100	21	100	1	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia.

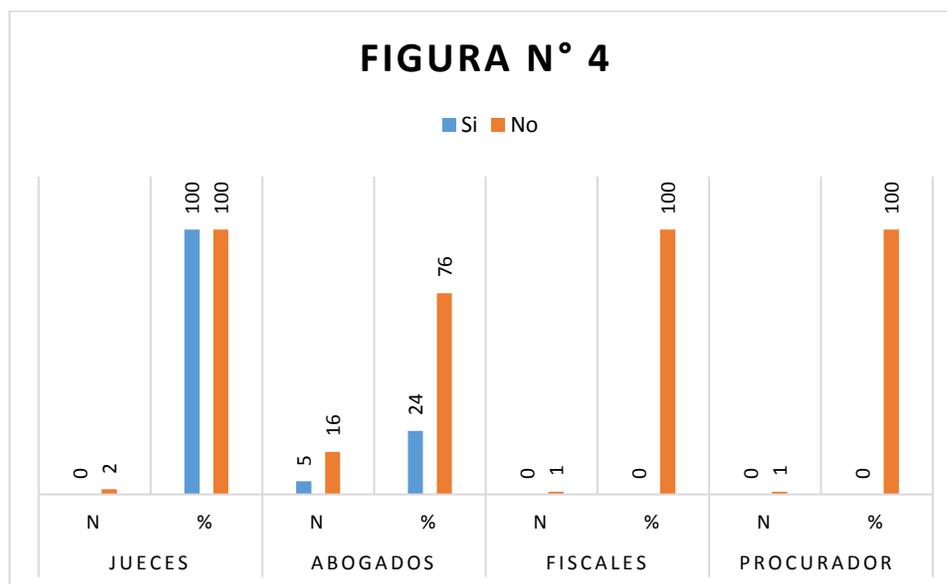


Figura 4: Elaboración propia

En concordancia con la tabla y figura 4, se muestra que el 100% de jueces, fiscales y procurador respondieron que no existe alguna norma o ley que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú, mientras que de los abogados litigantes encuestados el 24% manifestaron todo lo contrario y el 76% coincide con los jueces y fiscales.

4.5. Tabla 5.

¿Cree usted que la maternidad subrogada vulneraría derechos de los niños nacidos a través de esta técnica de reproducción humana asistida?

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total Condición	
	n	%	N	%	n	%	n	%	n	%
Si	2	100	12	57	1	100	1	100	16	64%
No	0	0	9	43	0	0	0	0	9	36%
Total	2	100	21	100	10	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia.

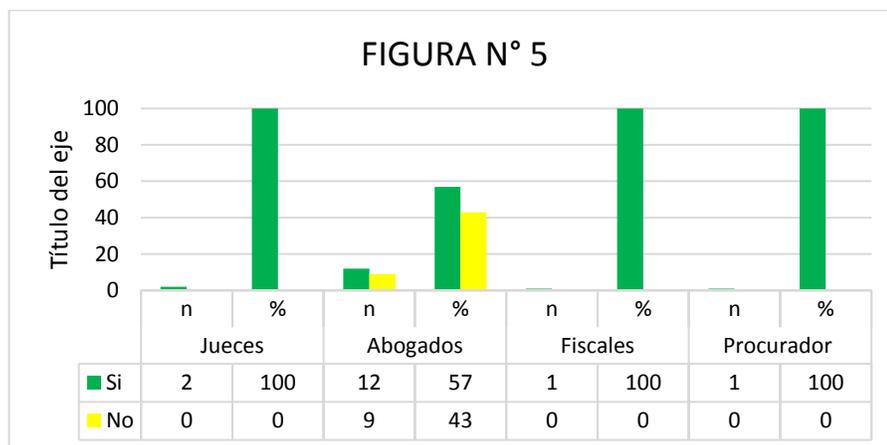


Figura 5: Elaboración propia.

En la tabla y figura 5, se observó que el 100% de los jueces, fiscales y procurador publico consideraron que la maternidad subrogada vulneraría derechos de los niños nacidos a través de esta técnica de reproducción humana asistida, coincidiendo con el que el 57% de los abogados litigantes encuestados; pero el 43% de abogados litigantes señalaron lo opuesto.

4.6. Tabla 6.

¿Está de acuerdo que se regule la maternidad subrogada en la legislación peruana?

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total	
									Condición	
	N	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Si	2	100	14	67	1	100	1	100	18	72
No	0	0	7	33	0	0	0	0	7	28
Total	2	100	21	100	1	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia.

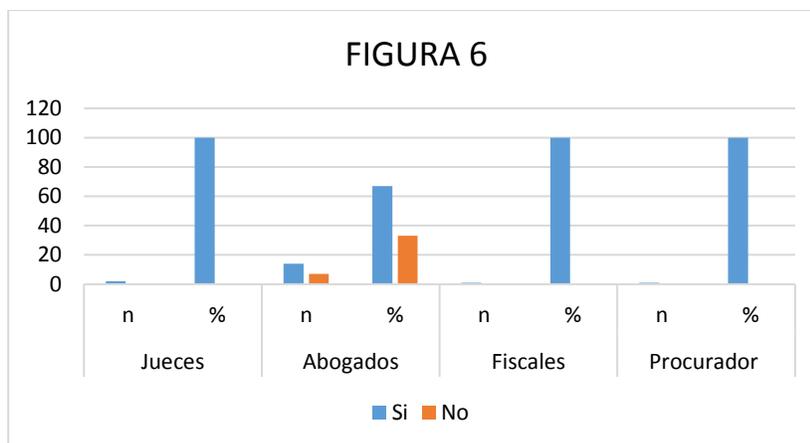


Figura 6: Elaboración propia.

En la tabla y figura 6, se apreció que el 100% de jueces, fiscales y procurador público, refirieron que están de acuerdo que se regule la maternidad subrogada en nuestra legislación, coincidiendo con el 67% de los abogados litigantes, así mismo el 33% de los abogados refirió que no está de acuerdo con que se regule la maternidad subrogada en nuestro país.

4.7. Tabla 7.

¿En alguna oportunidad ha tenido conocimiento de algún caso sobre filiación derivado de un procedimiento de maternidad subrogada, en el Perú?

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total Condición	
	N	%	n	%	n	%	n	%	n	%
Si	1	50	10	48%	0	0	0	0	11	44%
No	1	50	11	52%	1	100	1	100	14	56%
Total	2	100	21	100	1	100	25	100	25	100

Fuente: Elaboración propia.

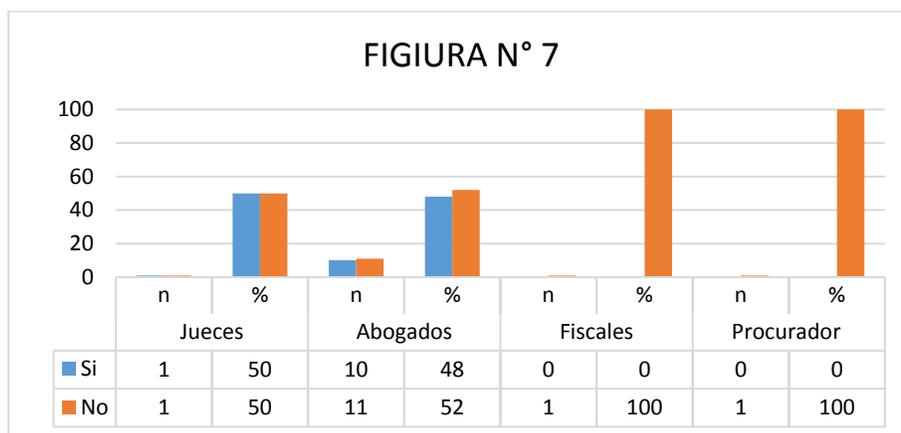


Figura 7: Elaboración propia.

En la tabla y figura 7, se observó que 50 % de jueces refirieron que si han tenido conocimiento de un caso de filiación derivado de un procedimiento de maternidad subrogada, mientras que el otro 50% manifiesta todo lo contrario, así mismo del 100% de encuestados fiscales y procurador público, refirieron que no han tenido conocimiento de algún caso de filiación derivada de la maternidad subrogada, finalmente el 48% de abogados litigantes que si tenían conocimiento de un caso de filiación derivada de la maternidad subrogada, así mismo el 52% expresaron lo opuesto. Ante lo cual se concluye que, del total, de

los encuestados, un 44% manifestó conocer algún caso de filiación derivada de la maternidad subrogada, pero el 56% argumentaron que no conocen ningún caso.

4.8. Tabla 8.

¿Considera usted que el Perú debería tomar en consideración lo contemplado en la legislación comparada en donde se regula de forma más específica la modalidad de vientre de alquiler como técnica de reproducción asistida?

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total Condición	
	N	%	n	%	n	%	n	%		%
Si	2	100	20	95	1	100	1	100	24	96%
No	0	0	1	5	0	0	0	0	1	4%
Total	2	100	21	100	10	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia.

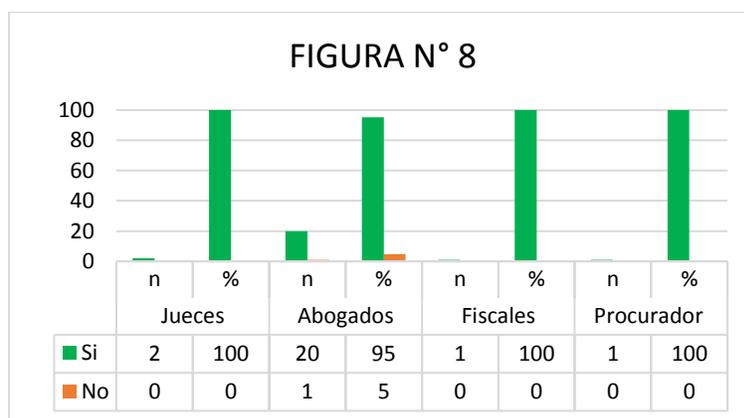


Figura 8: Elaboración propia.

De acuerdo a la tabla y figura 8, se observó que 100% de jueces, fiscales y procurador público consideraron que se el Perú debería tomar en consideración lo contemplado en la legislación comparada en donde se regula de forma más específica la modalidad de vientre de alquiler como técnica de reproducción

asistida; así mismo, el 95% de abogados coincidieron con los magistrados y el 5% manifestaron lo contrario.

4.9. Tabla 9.

¿Cree usted que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal?

Respuesta	Jueces		Abogados		Fiscales		Procurador		Total Condición	
	N	%	N	%	n	%	n	%	%	
Si	2	100	20	95%	1	100	1	100	24	96%
No	0	0	1	5%	0	0	0	0	1	4%
Total	2	100	21	100	10	100	1	100	25	100

Fuente: Elaboración propia.

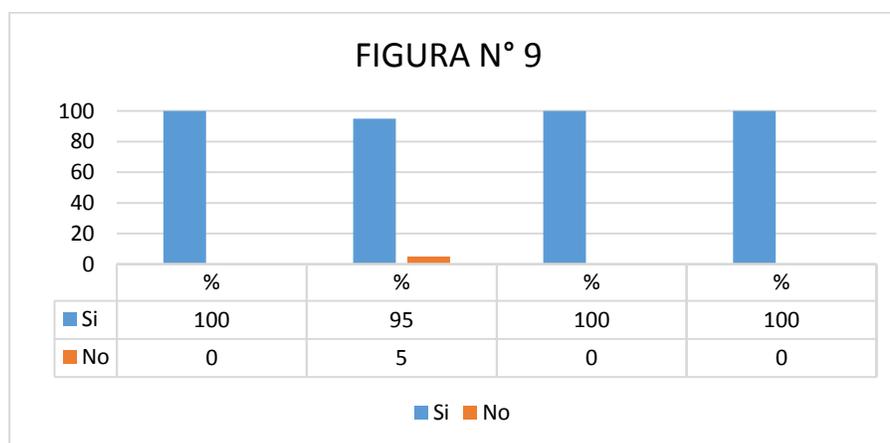


Figura 9: Elaboración propia.

En la tabla y figura 9, se mostró que 100% de jueces, fiscales y procurador público, consideran que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal, así mismo el 95% de abogados expresaron lo mismo, mientras que 5 %

expusieron lo contrario. Finalmente, del total de encuestados el 96% considera que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal.

V. DISCUSIÓN

Para Determinar de qué manera la mejora del proceso de filiación derivada maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú beneficiaría a las personas en los procesos de filiación, se obtuvo la información de las tablas y figuras N° 2 y 3, donde del total de encuestados (jueces, fiscales, procurador público y abogados), el 88% manifiestas que en el Perú existe un vacío legal en el proceso de filiación derivado de la maternidad subrogada, en concordancia con lo manifestado por Ambrosio (2020), citado en mi marco teórico, quien nos manifiesta la necesidad de un marco normativo especial para evitar que se produzcan situaciones donde se podrían vulnerar derechos fundamentales.

Así mismo Villamizar (2017), citado en mi marco teórico refuerza lo manifestado por nuestros encuestados, al concluir que si se realiza la práctica de esta técnica de reproducción asistida, debe estar legislado para que las personas que las practiquen puedan contar con protección jurídica y se evite cualquier tipo de explotación, de esta manera no vulnerar su dignidad y sobre todo que se proteja al menor por nacer, recordando que deben primar sus derechos constitucionales, siendo estos los más vulnerables.

En este contexto, cabe recalcar lo mencionado por Monroy, Borda y Forero (1997), donde definen la filiación viene hacer el vínculo que liga a los hijos con los progenitores, y los convierte en padre y madre, y si a esta definición le añadimos lo mencionado por Díez Picazo y Gullón, reforzando aun mas este concepto de filiación, como aquella relación donde la ley reconoce como padre y madre; sin embargo como hemos podido observar del caso del conductor de televisión Ricardo Morán, a pesar de ser el padre biológico no ha podido registrar a sus hijos, por que nuestra legislación no contempla un inciso especial donde se le permita al padre la inscripción de sus hijos con sus apellidos evidenciando que si se mejora el proceso de filiación derivado de la maternidad subrogada beneficiaría a las personas en estos procesos.

De la tabla y figura n° 3, podemos observar que el 100% de los jueces, fiscales y procurador público, respondieron que en el Perú no existe normas específicas sobre

filiación en donde se regule y establezcan criterios cuando se den casos de técnicas de reproducción asistida y subrogación de maternidad. Este vacío legal, en muchos casos lleva a dar otro tratamiento al momento de registrar a un niño proveniente de esta técnica como es caso contenido en la Casación 563-2011, Lima, donde la filiación se obtiene por una adopción por excepción contenida en el Artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes. En este contexto podemos evidenciar que existe un vacío legal en nuestra legislación para determinar la filiación de los niños nacidos por la técnica de la maternidad subrogada.

Así mismo para el cumplimiento de mi objetivo específico n° 1 Analizar el proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú, se obtuvo la información de la tabla y figura N° 4 y 5 donde de los encuestados se muestra que el 100% de jueces, fiscales y procurador respondieron que no existe alguna norma o ley que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú, en concordancia con el autor Vega (2017), citado en mi marco teórico, donde expresa que las dificultades que se produzcan en las relaciones familiares y sociales terminaran por vulnerar los derechos de las personas que realicen la práctica de esta técnica, toda vez que, el artículo 7 de la ley de salud solo regula una premisa de la maternidad subrogada: “que la condición de madre genética recaiga y madre gestante recaída en la misma mujer” , como lo manifiesta la Corte Superior de Justicia de Lima en la Sentencia recaída en el Exp. 06374-2016-0- 1801-JR-CI-05.

De la tabla y figura 5, se observó que el 100% de los jueces, fiscales y procurador público consideraron que la maternidad subrogada vulneraría derechos de los niños nacidos a través de ésta técnica de reproducción humana asistida, coincidiendo con el 57% de los abogados litigantes encuestados coincidiendo con García (2019) citado en mi marco teórico, quien en su investigación nos hace un análisis de los derechos vulnerados con la maternidad subrogada, de los cuales extraemos alguno de ellos como a la vida, a la identidad, entre otros; sin embargo el 43% de abogados litigantes señalaron lo opuesto. Toda vez que al no existir una ley o norma que regule esta

práctica de la maternidad subrogada, y al no tener una ley expresa que la prohíba seguirán existiendo casos, como por ejemplo el de Ricardo Moran quien sigue a la espera de una solución jurídica, Es oportuno citar a Cano y Esparza (2018), quienes manifiestan que se tienen que hacer mirada a las personas que padecen de infertilidad porque son ellas quienes recurren a las TRA, y es obligación del estado brindar protección a quienes las practican y a los especialistas de la salud para que actúen de acuerdo a ley.

En tal sentido, mis resultados se corroboran con lo señalado anteriormente y se respaldan con las investigaciones mencionadas.

En cumplimiento de mi segundo objetivo específico tuvo como finalidad evaluar el proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en la legislación comparada.

De acuerdo a ello se obtuvieron los resultados de la tabla y figura N° 7 y 8.

En la tabla y figura 7, se observó que 50 % de jueces refirieron que si han tenido conocimiento de un caso de filiación derivado de un procedimiento de maternidad subrogada, mientras que el otro 50% manifiesta todo lo contrario, así mismo del 100% de encuestados fiscales y procurador público, refirieron que no han tenido conocimiento de algún caso de filiación derivada de la maternidad subrogada, finalmente el 48% de abogados litigantes que si tenían conocimiento de un caso de filiación derivada de la maternidad subrogada, definida está en palabras de Borja (2015), como maternidad de sustitución o portadora, la misma que tiene la finalidad de llevar implantado en el cuerpo un embrión hasta su nacimiento y luego entregarlo a otra mujer o pareja quienes cumplirán la función de padres.

Resulta necesario citar a Iturburu , Salituri y Vásquez (2017), citado en mi marco teórico, quien nos manifiesta de la importancia de haber integrado THRA en su legislación, como una tercera fuente filial, provocando un cambio que ha permitido que las personas logren la realización de su plan de vida , independiente mente de su orientación sexual, toda vez que en su legislación el concepto de familia se ha ampliado al igual que la nuestra.

De acuerdo a la tabla y figura 8, se observó que 100% de jueces, fiscales y procurador público consideraron que en el Perú debería tomar en consideración lo contemplado en la legislación comparada en donde se regula de forma más específica la modalidad de vientre de alquiler como técnica de reproducción asistida; así mismo, el 95% de abogados coincidieron con los magistrados, toda vez que como lo menciona Santos (2018) citado en mi marco teórico, nos manifiesta que toda persona tiene derecho a formar una familia derecho reconocido en nuestra constitución en el artículo 4 y en diferentes convenios internacionales a los que se encuentra adscrito nuestro país.

En tal sentido se puede observar del análisis de la gestación por subrogación de la legislación comparada países como España, donde está prohibida la gestación por subrogación, sin embargo, si permite la inscripción en registro civil de un niño nacido por la práctica de esta técnica siempre que la práctica de esta técnica se haya realizado en un país donde sea legal y además que el lugar donde nazca él bebe emita una resolución firme de filiación.

Es indispensable acotar que, en Canadá, está permitida y regulada para todos los modelos de familia, pero establece una serie de condiciones para la búsqueda de la madre gestante al igual que los Estados Unidos donde se tiene una regulación propia en cada estado.

Así mismo de los países vecino como Brasil, está permitido la práctica de esta técnica siempre que exista un problema médico que no le permita a la mujer ser madre; cabe citar a Arteaga (2011) quien nos manifiesta que en Colombia no existe una ley que regule la maternidad subrogada pero que sin embargo se han presentado muchos proyectos de ley, pero hasta el momento no han resultado exitosos.

Así mismo en Argentina se encuentra regulado en su Código Civil y Comercial, en el título V, capítulo 2 donde nos manifiesta sobre las reglas generales relativas a la filiación por TERAS.

En este orden de ideas, del análisis de la legislación comparada y de lo manifestado por los encuestados, la autora considera oportuno que se pueda implementar una medida legislativa para regular la maternidad subrogada.

Para el logro de mi objetivo específico n° 3, el cual tuvo como finalidad proponer la incorporación de una fórmula legal, consistente en un cuarto párrafo en el artículo 21, que permita registrar el nacimiento de un niño a hombre o mujer para obtener la filiación derivadas de la maternidad subrogada.

Para alcanzar el logro de este objetivo específico n° 3, la información la obtuvimos de la tabla y figura 6 y 9.

En la tabla y figura 6, se apreció que el 100% de jueces, fiscales y procurador público, refirieron que están de acuerdo que se regule la maternidad subrogada en nuestra legislación, coincidiendo con el 67% de los abogados litigantes, cabe citar a Teves (2021), en su investigación desarrolla fundamentos para regular la maternidad subrogada, manifestando que dichos fundamentos se encuentran en el derecho de reproducción humana y promoción familiar.

En tal sentido, En la tabla y figura 9, se mostró que 100% de jueces, fiscales y procurador público, consideran que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal, así mismo el 95% de abogados expresaron lo mismo, mientras que 5 % expusieron lo contrario. Finalmente, del total de encuestados el 96% considera que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal.

Cabe resaltar lo acotado por el autor Díaz (2021), quien en su investigación realiza un análisis del artículo 21 del Código Civil, manifestando que este articulo vulnera el derecho del padre para inscribir el nacimiento de su hijo, producto de una maternidad subrogada, demostrando el vacío legal de nuestra legislación y evidenciando la necesidad de incorporar una fórmula legal que permita al padre o madre registrar a su hijo proveniente de una maternidad subrogada para poder obtener la filiación.

Finalmente es necesario precisar que, en el desarrollo de la presente investigación, se han presentado limitaciones al momento de aplicar la encuesta, toda vez que la muestra inicial fue de 4 jueces civiles y 26 abogados, la misma que se realizó a través de un formulario virtual, sin embargo, por la coyuntura de la pandemia, se ha tenido que reducir y continuar con la investigación quedando la muestra en 21 abogados litigantes, 2 jueces civiles, un fiscal y un procurador público.

VI. CONCLUSIONES

1 - La problemática de la filiación en la maternidad subrogada se produce en el momento de determinar la paternidad y maternidad del recién nacido, puesto que, en nuestro país se tiene en cuenta el hecho del parto y la identidad del hijo; es por ello que cuando se pretenda obtener la filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por lo que se tiene que recurrir a aplicar filiación por adopción y en otros casos recurrir a procesos de amparo que muchas veces demoran en dar una solución, vulnerando derechos fundamentales.

2 - En nuestro país no existe un marco legal que regule la técnica de gestación subrogada, lo que muestra un vacío legal; porque la legislación actual no es suficiente para regular la maternidad y paternidad de los menores nacidos con este procedimiento, lo que está ocasionando problemática en las relaciones familiares y sociales, lo que muchas veces los está llevando a buscar mecanismos ilegales para poder obtener la filiación de los menores nacidos a través de la aplicación de esta técnica.

3 - La regulación de la gestación subrogada en nuestro país se fundamenta en los derechos humanos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, derecho a la determinación, principio superior del niño y el principio de la dignidad humana. Además, se debe tener en cuenta las diferentes posturas de la legislación comparada y realizar un análisis para obtener de ello los aciertos y mejoras en la filiación y así tomar como base para mejorar en nuestro ordenamiento jurídico el proceso de filiación derivado de la maternidad subrogada.

4 - Para materializar la postura que sostiene la tesis, se elaboró una propuesta de una fórmula legal que permita obtener la filiación a un hombre o una mujer siempre que este niño sea producto de la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada, siendo el contenido normativo el siguiente: *“La madre o padre podrá inscribir a su hijo con sus apellidos, siempre que este niño sea producto de la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada”*.

VII. RECOMENDACIONES

- Se recomienda a los congresistas realizar una revisión de las propuestas para regular la maternidad subrogada, analizarlas y elaborar una normativa específica que permita mejorar el proceso de filiación derivada de la maternidad subrogada.
- Se recomienda a los jueces competentes en la materia, que, al tomar decisiones en los casos de maternidad subrogada, lo hagan velando siempre por el interés superior del niño y el derecho a tener una familia ya que de esta manera se mejorara el proceso de filiación.
- Se recomienda a los magistrados, que cuando tengan un caso sobre filiación derivada de la maternidad subrogada, tomen en cuenta la jurisprudencia y legislación comparada para dar una solución adecuada y no esperar que estos casos lleguen hasta la instancia superior para resolverlo, vulnerando derechos de quienes practican esta técnica de reproducción asistida y afectando a los recién nacidos por no tomar en cuenta estos precedentes.
- Se recomienda a los legisladores tomar en cuenta la fórmula legal planteada por a tesista: *“La madre o padre podrá inscribir a su hijo con sus apellidos, siempre que este niño sea producto de la aplicación de la técnica de la maternidad subrogada”*.
- Se recomienda a los tesistas y a los investigadores realizar investigaciones científicas relacionadas con la problemática de la microinyección espermática y la ovodonación, y su implicancia en el futuro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvaro Martín Ramos Alvarado, Antonio Delgado Rosas y José Ignacio García de la Torre. (2012). Inseminación artificial intrauterina y comparación de resultados referentes al tiempo posterior a la inducción del óvulo. *Revista Mexicana de Medicina de la Reproducción*, 164-169.
- Antonio, C. (1986). *La filiación*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Borja, G. p. (s.f.). *Maternidad Subrogada*. Maternidad Subrogada. Universidad Miguel Hernández, España. Obtenido de <http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/Gonz%C3%A1lez%20Pineda%20Borja.pdf>
- Candal, L (2018), *La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada*, artículo jurídico – España, recuperado y disponible en: <https://redbi.oetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Leila.pdf>
- Chilcon, S. I. (s.f.). *Inaplicación del principio mater semper certa en los casos de útero subrogado*. 2017, Chiclayo. Obtenido de https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1138/1/TL_VegaChilconSabinalsabel.pdf.pdf
- Díaz Zegarra, E. M. (s.f.). "El vacío legislativo en el artículo 21 del Código Civil y los hijos nacidos por maternidad. 2021. Universidad Antenor Orrego, Trujillo.
- De la Torre Vargas, M. (1993). *La Fecundación IN vitro y la filiación*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Delgado Calva, A. S. (2004). *"La Maternidad Subrogada: un Derecho a la Reproducción Humana a la luz del Derecho Mexicano"*. Mexico: Mexico.
- Delgado, A. S., (2019), *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*, TESIS sustentada en la Universidad de Piura, Facultad de Derecho, para optar el Título de Abogado, Piura.
- Emaldi, A., (2018). *La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley*, recuperado el 06-10-2020, disponible en:
file:///C:/Users/LENOVO/Downloads/Dialnet-LaMaternidadSubrogadaVulneraElPrincipioConstitucio-6694798%20(1).pdf
- E, P. P. (2003). *Atención integral de la infertilidad: endocrinología, cirugía y reproducción asistida*. México: 2da edición.

- Fertilidad, S. E. (2011). Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida. Madrid,: MSHh impresores. Obtenido de https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf
- G., M. (2013). Problemática jurídica de la Maternidad subrogada. Mexico: Universidad Nacional Autónoma .
- Juan Pablo Monroy. (2013, diciembre). Técnicas de reproducción asistida y su incidencia en Colombia. Verba Iuris 30 , 135-150.
- L., S. (2018). La ovodonación y la afectación al derecho humano de reproducción. Perú: Universidad Nacional Santiago Atúnéz de Mayolo.
- Leila Mir Candal. (2010). La maternidad intervenida. Universidad de Buenos Aires, 14.
- LÓPEZ LÓPEZ, M. P. (1997). La filiación como hecho, relación jurídica y estado: Verdad biológica y ordenación de la filiación. Epígrafe 20.1.
- Mir.C. (2010). La Maternidad Intervenid. Revista Red Bioética, México.
- Monroy Cabra Marco Gerardo, B. V. (1997). Principios Generales del Derecho Procesal y Derecho Procesal Laboral. Revista del Instituto Colombiano, 124-940.
- R, S. (2010). La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos . Madrid: Centro de estudios Registrales .
- Ramírez, R. A. (s.f.). Implicaciones de la Maternidad Subrogada en Colombia frente a los Derechos. 2020. Universidad Santiago de Cali, Colombia. Obtenido de <https://repository.usc.edu.co/bitstream/handle/20.500.12421/5185/IMPLICACIONES%20DE%20LA%20MATERNIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rospigliosi, E. V. (1999). Filiación, derecho y genética . Lima: Fondo de desarrollo.
- Valle, R. V. (2018). EL ANCLAJE JURÍDICO ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 51-151.
- vargas, G. d. (1993, marzo). La fecundación in vitro y la filiación. 93. Obtenido de https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=N7Bf63O6Uh0C&oi=fnd&pg=PA7&dq=tecnicas+de+fecundacion+in+vitro&ots=EYR7-Dk4vR&sig=wQhNmICcJNofwqXB3j5uQ1DyUe8&redir_esc=y#v=onepage&q=tecnicas%20de%20fecundacion%20in%20vitro&f=false
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (1995, p.62). Derecho Genético. Principios Generales. 347.

Y.Roca, M. (2013). Diccionario etimológico de lengua castellana. Barcelona: M.Rivadeneira.

Zannoni E, B. (1989). Manual de derecho de familia . Astrea.

Zenteno, Y. Y. (s.f.). Fundamentos para regular la maternidad subrogada en la legislación peruana, los aportes de la doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. Universidad de puno, Puno.

ANEXOS

ANEXOS

Operacionalización de la variable: Problemática de la filiación

Variable Dependiente	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Escala de medición
Problemática de la filiación	Filiación es aquel vínculo que une a una persona con todos sus ascendiente y descendientes (Varsi Rospigliose, 2003)	La filiación es aquel vínculo que une a los hijos con sus padres, estableciendo derechos entre ambos.	Legislación Peruana	Art. 2 de la constitución	1,2,3,4	Nominal
				Art. 361 y 386 del Código civil	1,2,3,4	
				Art. 6 del Código del niño y el Adolescente	1,2,3,4	
				Art. 7 de la Ley de salud	1,2,3,4	
			Operadores jurídicos	Jueces	1,2,3,4	
				Abogados Especialistas	1,2,3,4	
			Doctrina	Nacional y extranjera	5,7,8,9	
			Jurisprudencia	Nacional	5,7,8,9	
				Extranjera	5,7,8,9	
			Legislación comparada	Argentina	5,7,8,9	
				España	5,7,8,9	
				Colombia	5,7,8,9	

Operacionalización de la variable: Técnicas de la reproducción asistida

Variable	Definición conceptual	Definición operacional	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Escala de medición
Maternidad subrogada como Técnicas de reproducción asistida en el Perú	Maternidad subrogada, Maternidad de alquiler, de encargo, de portadora o de sustitución y se da cuando una mujer lleva implantado en su cuerpo un embrión o embriones que se desarrollará hasta su alumbramiento, con el objetivo de entregarlo despues del nacimineto a otra mujer, hombre o a una pareja ya sea matrimonial o de hecho. (Borja,2015,p. 4)	Es cuando una mujer lleva implantado un embrión o embriones hasta su nacimiento, con la finalidad de entregarlos a otra mujer o pareja, quienes hacen las veces de padre y madre, asumiendo todos sus derechos u obligaciones que la ley le faculta.	El óvulo y el semen proviene de la pareja "contratante.	- Inexistencia de una ley para regular el procedimiento.	1,2,3	Nominal
			Óvulo proveniente de la esposa "contratante" y el semen de un "cedente".		- Derecho a la vida	
			El óvulo procedente de un cedente y el semen al esposo "contratante".	- Derecho a la identidad.	1,2,3	
			Óvulo como el semen provienen de cedentes.	- Derecho a la libre sexualidad y a decidir cuántos hijos tener	1,2,3	
			Óvulo procede de la "madre sustituta" y el semen del esposo "contratante".		1,2,3	
			El óvulo procede de la "madre sustituta" y el semen de un cedente".			



FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

CUESTIONARIO:

A continuación, encontrarás una lista de preguntas sobre la utilización de la Maternidad Subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú, señala tu respuesta marcando en los casilleros.

1. Marque según su condición:

- Abogado Litigante Juez Fiscal Procurador Publico

2. Tomando en consideración la técnica de reproducción asistida y subrogación de maternidad. ¿Cree usted que el proceso de filiación en el Perú tiene algún vacío legal?

- Si
 No

3. Conoce si en el Perú existe normas específicas sobre filiación en donde se regule y establezcan criterios cuando se den casos de técnicas de reproducción asistida y subrogación de maternidad.

- Si
 No

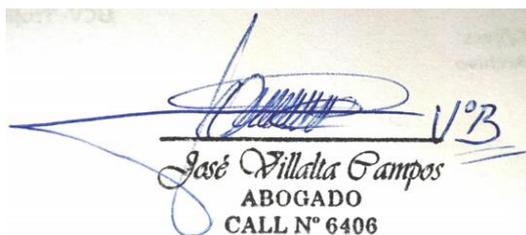
4. ¿Tiene conocimiento de la existencia de alguna norma o ley que regule la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú?

- Si
 No

5. ¿Cree usted que la maternidad subrogada vulneraría derechos de los niños nacidos a través de esta técnica de reproducción humana asistida?

- Si
 No

6. ¿Está de acuerdo que se regule la maternidad subrogada en la legislación peruana?
- Si
- No
7. ¿En alguna oportunidad ha tenido conocimiento de algún caso sobre filiación derivado de un procedimiento de maternidad subrogada, en el Perú?
- Si
- No
8. ¿Considera usted que el Perú debería tomar en consideración lo contemplado en la legislación comparada en donde se regula de forma más específica la modalidad de vientre de alquiler como técnica de reproducción asistida?
- Si
- No
9. ¿Cree usted que se debería modificar el art. 21 del C. C en el tercer párrafo, en cuanto se harían especificaciones a la maternidad subrogada producto de la reproducción asistida, con la finalidad de subsanar un vacío legal?
- Si
- No



V°B

José Villalta Campos
ABOGADO
CALL N° 6406

CONSTANCIA DE FIABILIDAD DEL INSTRUMENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

El presente documento es para constatar la fiabilidad del instrumento de recolección de datos del tema denominado: **“Problemática de la filiación derivada de la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida en el Perú”**

Se usó el método de KUDER RICHARDSON (KR_{20}) por tener 8 preguntas en escala dicotómica, la cual se verifica en la documentación adjunta en *Anexos*.

Para su interpretación del coeficiente KR_{20} se ha tomado la escala según **Ruiz (2020)**

De 0.01 a 0.20 **Muy baja**

De 0.21 a 0.40 **Baja**

De 0.41 a 0.60 **Moderada**

De 0.61 a 0.80 **Alta**

De 0.81 a 1.00 **Muy Alta**

Dando fe que se aplicaron las encuestas a la muestra objeto de estudio, se obtiene como resultado un **coeficiente de confiabilidad KR_{20} igual a 0.659**, lo cual significa según la escala de Ruiz (2020) un coeficiente **“ALTO”** por lo que se concluye que el instrumento de recolección de datos presenta una ALTA confiabilidad de consistencia interna, siendo los resultados obtenidos en este cuestionario fieles a la realidad en favor de la investigación cumpliendo su propósito.

Por lo tanto

C E R T I F I C O: Que el instrumento es confiable en cuanto a su constancia interna.

Chiclayo, 18 de noviembre del 2021

GOBIERNO DE ESTADÍSTICOS DEL PERÚ
Dr. Arana Cerna
Mg. Branco Ernesto Arana Cerna
COESPE N° 238

Dr. Arana Cerna Branco Ernesto
DNI N° 16786967
COESPE N° 238

ANEXO

$$KR_{20} = \frac{K}{K-1} \left(1 - \frac{\sum p * q}{S_t^2} \right)$$

Donde:

KR_{20} : Coeficiente de confiabilidad Kuder Richardson 20

$\sum p * q$: Sumatoria de los productos p y q

S_t^2 : Varianza de las puntuaciones totales

p : Total de respuestas afirmativas entre el número de entrevistados

q : 1 - p

K : El número de preguntas o ítems

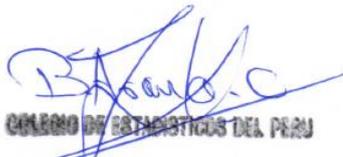
Aplicando la formula Kuder Richardson 20

$$KR_{20} = \frac{8}{8-1} \left(1 - \frac{1.366}{3.227} \right) = 0.659$$

Tabla 1. Indicador de confiabilidad con el COEFICIENTE KR20
(8 ítems, aplicado a 21 abogados, 2 jueces, 1 fiscal y 1 procurador)

<i>KUDER - RICHARDSON 20</i>	<i>Ítems</i>
0.659	8

Fuente: Cuestionario aplicado



GOBIERNO DE ESTADÍSTICOS DEL PERU
Ldo. Braaco Ernesto Arana Corra
COESPE. N° 238

Tabla 2. Base de datos del cuestionario aplicado a 21 abogados, 2 jueces, 1 fiscal y 1 procurador, para el cálculo del coeficiente de **Kuder Richardson 20**

Encuestado	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8
Abogado Litigante	1	0	1	0	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	1	1	1	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	1	0	1	0	1	1
Abogado Litigante	1	1	1	1	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	0	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	1	1	1	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	0	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	1	1	0	1	1
Abogado Litigante	1	1	0	0	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	0	0	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	0	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	0	0	0	0	1
Procurador	1	0	0	1	1	0	1	1
Abogado Litigante	0	0	1	1	0	0	1	1
Abogado Litigante	1	0	1	1	0	1	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	1	1	1	1	1
Abogado Litigante	1	1	1	1	1	1	1	1
Abogado Litigante	0	0	0	1	1	0	1	1
Abogado Litigante	0	0	0	1	0	0	0	1
Abogado Litigante	1	0	0	1	1	0	1	1
Fiscal	1	1	0	1	1	0	1	1
Abogado Litigante	1	1	0	1	0	0	1	1
Abogado Litigante	1	0	0	1	0	0	0	0
Juez	1	0	0	1	1	0	1	1
Juez	1	1	1	1	1	1	1	1

Fuente: Cuestionario aplicado


COLEGIO DE ESTADÍSTICOS DEL PERÚ
 Sr. Bruno Ernesto Arce Cerna
 CGESPE. N° 298

turnitin 20 -tesis.docx

INFORME DE ORIGINALIDAD

25%

INDICE DE SIMILITUD

24%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	9%
2	repositorio.unap.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	2%
4	repositorio.udch.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	1%
6	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	vsip.info Fuente de Internet	1%
8	repositorio.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	creandofamilias.cl Fuente de Internet	

**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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).-----

SEGUNDO.- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por circunstancia excepcionales, pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial. Institución que se encuentra plagada por la protección dada al niño (a) o adolescente, pues con ella se busca proteger su derecho a la identidad (artículo 6 del Código del Niño y el Adolescente) y a vivir en una familia (artículo 8 del Código del Niño y el Adolescente).-----

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: **i)** Por **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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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 lo términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Munoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes**¹; 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**²; 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,

¹ **Artículo 115.- Concepto.-**

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

² **Artículo 128.- Excepciones.-**

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

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

(...)

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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**³; 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**⁴; 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.”*,

³ **Artículo 378.- Para la adopción se requiere:**

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

(...)

5.- Que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.

(...)

⁴ **Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. N° 563-2011
LIMA**

Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; **vii)** al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; **viii)** los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: **a)** el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: *“los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”;* **b)** el informe psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: *“se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala *“se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi)* Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la **primera y segunda causal** denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando *“DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...”* adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose *“con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”*; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), "me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija" (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta,

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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 Nº 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*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

*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

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA
SALA CIVIL PERMANENTE**

**SENTENCIA
CAS. Nº 563-2011
LIMA**

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

**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 : RAULTAÍPE SALAZAR
DEMANDANTE : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS
DEMANDADO : RENIEC
MATERIA : PROCESO DE AMPARO

SENTENCIA

RESOLUCION: 05
Lima, 21 de febrero del 2017

VISTOS.

Asunto:

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

ANTECEDENTES.

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

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

Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

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

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte

de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

2. Para ello, se procedió a la fecundación *in vitro*, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo.

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

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

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

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

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

Trámite de la demanda:

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

Mediante escrito de fecha de presentación, 21 de julio del 2016, RENIEC formuló excepción de falta de representación de los señores, Francisco David

Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto Cesar Lázaro Salecio, y contestó la demanda señalando lo siguiente:

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

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

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

CONSIDERANDO:

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

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

Los hechos son los siguientes:

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC.
2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el

uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción *in vitro* reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto.

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónomo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).
4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.
5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).
6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

TERCERO: Las excepciones deducidas:

3.1. Excepción de falta de representación.

1. La demandada sostiene que la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau carece de representación con respecto a los menores L.N.N.R y C.D.N.R., a favor de quienes se alega la vulneración al derecho a la

identidad y al interés superior del niño, pues conforme a la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación.

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandando la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores.

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.
3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.
4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.
5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse

representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.
7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción.

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

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

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

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-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 es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).
6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida

privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño.

En efecto, los menores y los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau, Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco viven actualmente en un estado que podríamos calificar de precariedad y zozobra con una evidente irreparabilidad de sus derechos pues, por un lado, los señores Francisco David Nieves Reyes y, en especial, Aurora Nancy Ballesteros Verau, que tiene bajo su guarda a los menores, al no tener vínculo formal con éstos, no pudieron ni pueden transitar libremente con ellos, no pueden viajar y tienen que enfrentan la sensación de inquietud al salir –en especial la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau– quien podría enfrentar graves cargos penales al no tener en vínculo formal con los menores; lo que sin duda tuvo y tiene incidencia irreparable en sus derechos antes indicados. Por tanto, obligarlos a transitar el proceso administrativo sólo extendería el perjuicio e irreparabilidad ya sufrida en los derechos alegados.

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.
8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.
9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente

vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.
11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente.

Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

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

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

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

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

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

- *Si la Sra. Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento.*

- Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.

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

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

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

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

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

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

SETIMO: En esa misma lógica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resalta que: *“La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona”* de donde concluye la Corte que *“... la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres...”* (Caso Artavia Murillo contra Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, párrafo 143)

Dentro de ese escenario, *“el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho...”* (Párrafo 146). Es decir, según la Corte, *“el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva **EL DERECHO A ACCEDER A LOS MEJORES SERVICIOS DE SALUD EN TÉCNICAS DE ASISTENCIA REPRODUCTIVA, Y, EN CONSECUENCIA, LA PROHIBICIÓN DE RESTRICCIONES DESPROPORCIONADAS E INNECESARIAS** de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona”* (párrafo 150, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada- asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

Por tanto, si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado peruano, una persona ha acudido a las técnicas de reproducción asistida para –con el apoyo de la tecnología y de una tercera persona- alcanzar la situación de madre, sería un contrasentido que luego de que tal técnica alcanzó un resultado favorable (dio lugar a la concepción, gestación y nacimiento de un bebé) se perturbe o desconozca la condición de madre de la mujer o de la pareja que acudió a dicho método.

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribiera 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 proscriba los otros supuestos que no menciona.

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

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

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

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni

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

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

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

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

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

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

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

A su turno, los derechos sexuales y productivos, resultan también manifestaciones del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a la vida privada, por ende, la postura del RENIEC, de no inscribir a los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., tiene como resultado atentar contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes (en especial, contra su derecho a fundar una familia que es una manifestación del primero) frustrando así el desarrollo de un proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

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

También se aprecia en autos, que actualmente la Sra. Ballesteros tiene a los menores bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre (lo que no ocurre con la Sra. Rojas), le otorga una mejor posición para ser considerada como madre de los menores. Y es que este Juzgado no solo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa (esposos que querían ser padres y no podían y esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros) sino también el interés superior de los menores. Al respecto, el autor Alex Plácido señala que el interés superior del niño:

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

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

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

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