



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

“Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para garantizar la Consolidación de la
Institución Familiar en el Perú”

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

ABOGADO

AUTOR:

BR. ROJAS GUILLÉN, RONALDO GILBERTO (ORCID: 0000-0002-3043-2280)

ASESORA:

DRA. KATIA AMANDA PAJARES VILLACORTA (ORCID: 0000-0001-8817-941X)

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO CIVIL

TRUJILLO – PERÚ

2020

DEDICATORIA

A Dios, por guiarme y bendecirme en mi camino profesional.

A mis padres, Reynaldo F. Rojas Moza y Lesvia H. Guillén de Rojas, por su apoyo permanente para lograr mis objetivos.

A mi esposa e hijos por todo su amor y comprensión ya que gracias a ellos estoy haciendo posible este gran sueño profesional.

El Autor

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi asesor ya que con sus enseñanzas, paciencia, profesionalismo y motivación ha sabido orientarme y apoyarme en el desarrollo de la presente investigación.

A mis compañeros de trabajo y amigos ya que con su constante apoyo estoy haciendo posible la culminación del presente trabajo.

El Autor

PÁGINA DEL JURADO

JORNADA DE INVESTIGACIÓN N° 2 ACTA DE SUSTENTACIÓN

El Jurado encargado de evaluar el Trabajo de Investigación, PRESENTADO EN LA MODALIDAD
DE: Tesis.....(indicar si es Proyecto de Investigación o Tesis)

Presentado por don (a) Rojas Guillen Ronaldo Gilberto
Cuyo Título es: Incorporación legal de la Maternidad Subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú

Reunido en la fecha, escuchó la sustentación y la resolución de preguntas por el estudiante, otorgándole el calificativo de: 15.....(número) quince.....(letras).

Trujillo, 18 de Abril del 2020.


PRESIDENTE
MG. OSCAR SALAZAR VÁSQUEZ


SECRETARIO
MG. FERNANDO ALCANTARÁ CASTAÑEDA


VOCAL
MG. KATIA PAJARES VILLACORTA

NOTA: En el caso de que haya nuevas observaciones en el informe, el estudiante debe levantar las observaciones para dar el pase a Resolución.

DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD



DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, RONALDO GILBERTO ROJAS GUILLEN
estudiante de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo de Trujillo; declaro
que el trabajo académico titulado
" INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN
DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERU "
....."

Presentada, en 122 folios para la obtención del grado académico/título profesional de
ABOGADO es de mi autoría,

Por lo tanto, declaro lo siguiente:

- He mencionado todas las fuentes empleadas en el presente trabajo de investigación identificado correctamente toda cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes, de acuerdo establecido por las normas de elaboración de trabajo académico.
- No he utilizado ninguna otra fuente distinta de aquellas expresadamente señaladas en este trabajo.
- Este trabajo de investigación no ha sido previamente presentado completa ni parcialmente para la obtención de otro grado académico o título profesional.
- Soy consciente de que mi trabajo puede ser revisado electrónicamente en búsqueda de plagios.
- De encontrar uso de material intelectual ajeno sin el debido reconocimiento de su fuente o autor, me someto a las sanciones que determinan el procedimiento disciplinario.

Trujillo, 18 de Febrero de 2020

Estudiante:
DNI:

Ronald Gilberto Rojas Guillén
41296995

CAMPUS TRUJILLO
Av. Larco 1770.
Tel.: (044) 485 000. Anx.: 7000
Fax.: (044) 485 019

fb/ucv.peru
@ucv_peru
#saliradelante
ucv.edu.pe

PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

En cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Cesar Vallejo presento ante ustedes la tesis titulada “Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para Garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú”, la misma que someto a vuestra consideración y espero que cumpla con los requisitos de aprobación para obtener el Título profesional de Abogado.

El Autor

ÍNDICE

Pág.

Carátula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Página del Jurado	iv
Declaratoria de Autenticidad	v
Presentación	vi
ÍNDICE	vii
RESUMEN	ix
ABSTRACT	xi
I. INTRODUCCIÓN	1
1.1. Aproximación Temática.....	1
1.1.1. Trabajos Previos	3
1.2. Marco Teórico	13
1.2.1. Breve Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida	13
1.2.2. Nociones Generales.....	14
1.2.3. Partes Intervinientes	21
1.2.4. Concepciones Respecto a la Maternidad Subrogada	23
1.2.5. Análisis del vacío legal que presenta el Derecho de Familia Peruano frente a casos de Maternidad Subrogada.....	25
1.2.6. Supuestos determinantes al Momento de Considerar la Filiación en la Maternidad Subrogada .	30
1.2.7. Derecho Comparado.....	31
1.3. Formulación del Problema	37
1.4. Justificación del Estudio	38
1.5. Objetivos de la Investigación.....	39
1.5.1. Objetivo General	39
1.5.2. Objetivos Específicos.....	39
II. MÉTODO	39

2.1.	Diseño de la Investigación	39
2.1.1.	Tipo de Investigación	39
2.1.2.	Objeto de Estudio	40
2.2.	Métodos de Muestreo	40
2.2.1.	Población y Muestra.....	40
2.2.2.	Métodos y Técnicas.....	40
2.3.	Rigor Científico.....	41
2.4.	Análisis Cualitativo de los Datos	43
2.5.	Aspectos Éticos	49
III.	RESULTADOS.....	50
3.1.	Análisis de las Entrevistas Aplicadas	50
3.1.1.	Entrevista realizada a la mujer infértil.....	50
3.1.2.	Entrevista realizada al Juez Especializado en Familia	51
3.1.3.	Entrevista realizada al médico de la especialidad de ginecología.....	52
3.2.	Análisis de Casos Jurisprudenciales (sentencias)	53
3.2.1.	Cuadro N° 01.....	53
3.2.2.	Cuadro N° 02.....	56
IV.	DISCUSIÓN.....	58
V.	CONCLUSIONES.....	61
VI.	RECOMENDACIONES.....	63
	REFERENCIAS.....	65
	ANEXOS.....	68

RESUMEN

El presente trabajo de investigación titulado “LA INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA LOGRAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ”; la misma que se configura como un fenómeno social nuevo que necesita regulación, dentro del cual se plasmó como objetivo principal el determinar la necesidad de la incorporación legal de la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú; además, de que también se buscó identificar el vacío legal que enfrenta el derecho de familia con relación a esta figura en nuestro país, como de igual manera también se buscaría brindar protección mínima a los sujetos de derecho que intervengan dentro de los acuerdos con relación a la figura de la maternidad subrogada.

Asimismo el trabajo de investigación es uno de tipo cualitativo ya que se pretendió analizar la necesidad de la incorporación legal de la maternidad subrogada para contribuir a la consolidación de la familia, técnica que es concebida como una alternativa frente a problemas de infertilidad dentro de las familias, la misma que partió de un hecho social frente a los vacíos legales que enfrenta dentro de nuestra legislación civil, para el cual se usó como objeto de estudio el uso del análisis doctrinal tanto nacional como extranjero para poder observar las distintas posturas que giran en torno a este tema. Dentro del trabajo investigativo se tomó como muestra a un juez especializado en familia, un médico de la especialidad de ginecología y una mujer que ostenta la condición de infertilidad, los mismos que participaron como sujetos intervinientes. Como método de análisis se empleó el método documental-bibliográfico y como técnicas de análisis de datos se empleó la técnica de estudio de casos, las guías de entrevista, la observación, el fichaje y el análisis de contenido.

Finalmente, se obtuvo como resultados que se puede llegar a concebir a la maternidad subrogada como una alternativa de reproducción humana asistida, la misma que necesita una regulación jurídica de manera expresa que brinde protección a los sujetos intervinientes de este tipo especial de acuerdos con relación al derecho de identidad con respecto al niño y el derecho paterno-filial de los padres de intención con respecto al niño producto de este tipo de técnicas especiales de reproducción, en la cual se concluyó; que es necesaria la

incorporación legal de la figura de la maternidad subrogada para consolidar a la institución familiar, ya que esta técnica puede ser concebida como una alternativa de solución frente a los problemas de infertilidad; además de que en relación al derecho de familia se puede decir que este mismo enfrenta un vacío considerable ya que no cuenta con regulación jurídica expresa que establezca los requisitos mínimos que se deberían considerar al momento de establecer los mejores derechos con relación a la identidad del menor nacido de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida y los derechos de filiación con relación a los padres de intención.

PALABRAS CLAVE: maternidad subrogada, familia, filiación, identidad, derechos, técnicas de reproducción humana asistida.

ABSTRACT

This research work entitled "THE LEGAL INCORPORATION OF SUBROGED MATERNITY, TO ACHIEVE THE CONSOLIDATION OF THE FAMILY INSTITUTION IN PERU"; the same that is configured as a social phenomenon that needs a new regulation, within it that is reflected as a main objective to determine the need for the legal incorporation of the figure of surrogate motherhood to ensure the consolidation of the family institution in Peru ; In addition, that also sought to identify the legal vacuum is facing family law with this figure in our country, as you can also find a minimal relationship with the rights involved in the agreements with the relationship to The figure of motherhood surrogate.

Likewise, the research work is a qualitative one since it was intended to analyze the need for the legal incorporation of surrogate motherhood to contribute to the consolidation of the family, a technique that is conceived as an alternative to infertility problems within families. , the same that started from a social fact in front of the legal gaps that it faces within our civil legislation, for which the use of doctrinal analysis both national and foreign was used as an object of study to be able to observe the different positions that revolve around to this topic. As part of the investigative work, a judge specialized in the family, a gynecology doctor and a woman with infertility status were taken as those who participated as intervening subjects. As a method of analysis, the documentary-bibliographic method was used and as data analysis techniques, the case study technique, the interview guides, the observation, the signing and the content analysis were used.

Finally, it was obtained as results that surrogate motherhood can be conceived as an alternative of assisted human reproduction, the same one that needs a legal regulation in an express way that provides protection to the intervening subjects of this special type of agreements in relation to the right of identity with respect to the child and the parental-filial right of the parents of intension with respect to the child product of this type of special reproduction techniques, in which it was concluded; that it is necessary the legal incorporation of the figure of surrogate motherhood to consolidate the family institution, since this technique can be conceived as an alternative solution to the problems of infertility; In addition to that in relation to family law can say that it faces a considerable gap because it does not have express legal regulation that establishes the minimum requirements that

should be considered when establishing the best rights in relation to the identity of the child born of this type of techniques of assisted human reproduction and filiation rights in relation to the parents of intention.

KEYWORDS: surrogate motherhood, family, filiation, identity, rights, techniques of assisted human reproduction.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que gira en torno de la maternidad subrogada puede ser concebido como un fenómeno social nuevo dentro de nuestra sociedad, el mismo que forma parte del avance tecnológico en relación con técnicas de reproducción humana asistida, o mayormente conocidas como TERAS; este tema es traído a colación en el presente trabajo de investigación puesto que se le intenta concebir como una alternativa de solución frente a los problemas de infertilidad de aquellas familias que anhelan poder tener un niño que alegre sus vidas, pero que por ciertas condiciones fisiológicas se ven imposibilitados de hacerlo, y lo que en la mayoría de casos ocasiona la desintegración de la unión familiar la misma que debe ser protegida por nuestro Estado Peruano; es por ello que se busca plantear la necesidad de su incorporación legal para contribuir con la consolidación de la familia como tal dentro de nuestra sociedad, además de que con su reconocimiento expreso se pueda determinar de manera más clara y precisa los derechos relacionados por un lado con la identidad del menor con respecto a sus padres legales, y por el otro lado el de los padres con respecto a la filiación más adecuada con relación al niño nacido producto de este tipo de técnicas de reproducción como lo sería la Maternidad Subrogada.

Es entonces, en atención a todo lo relacionado dentro del presente trabajo de investigación concerniente a la maternidad subrogada es que se busca abordar la problemática que abarca a la figura de la maternidad subrogada y la necesidad de su incorporación legal dentro de nuestro ordenamiento jurídico y los vacíos legales que esta enfrenta dentro de nuestro Código Civil Vigente específicamente en su libro de familia, al cual se le busca plantear una alternativa de regulación más adecuada que permita incluir dicha figura bajo determinadas condiciones que representen características mínimas para el acceso por parte de los sujetos intervinientes, y de esa manera poder evitar el uso de dicha práctica con otros fines ajenos a la naturaleza aquí planteada.

1.1. Aproximación Temática

Desde épocas antiguas se ha gestado a la familia como aquel pilar fundamental de la sociedad, y es ahí de donde se desprende su concepción como una institución que un determinado Estado debe promover y proteger, y por todo ello es que se estableció un paradigma bien delimitado de la idea de concepción de un nuevo ser que tendría el papel principal de fortalecer a una pareja conformada por un hombre y una mujer que deciden

crear una familia y hacer de esta una mucho más grande trayendo al mundo nuevos seres a los que llamarían hijos, y los cuales ayudarían a cumplir con lo demandado por la sociedad en sí, dentro de un Estado determinado.

Principalmente la idea de conformar una familia se realiza por el deseo o anhelo de ser padres y vivir esa bella experiencia de dar vida a un nuevo ser que traería alegría a todos los demás integrantes de una familia determinada, pero que en muchos casos ese anhelo se ve frustrado por el hecho de que existen mujeres que no se les concedió ese derecho maravilloso de concebir en su vientre una nueva vida o por el caso contrario varones que desde su genética son estériles; y es ahí donde el deseo de conformar una familia amplia termina y sume a estos sujetos en un mundo lleno de dolor y tristezas, además de ser condenados por nuestra sociedad y terminan siendo señalados como seres incompletos que son incapaces de generar vida, y así se rompen todos esos sueños e ilusiones que se habían formado con la idea de conformar una familia. Tal cual es el caso de los esposos Tovar, pareja chilena que dio que hablar estos últimos meses debido al caso legal que tuvieron que enfrentar, dos esposos que se unieron con el sueño de formar una familia y que la vida misma se encargó de romper esas ilusiones puesto que la señora Tovar con doce embarazos frustrados, veía cada vez más lejos el sueño de convertirse en madre, es por ello que por recomendaciones de un especialista, tomaron la decisión de viajar al Perú para que pudieran hacer realidad su anhelo en una de las clínicas más recomendadas y que contaba con los especialistas en casos de reproducción asistida, es así que en nuestro país pudieron cumplir ese sueño a través de un vientre subrogado, que les sirvió de medio para poder engendrar a sus dos pequeños hijos que se convertirían en la luz de su vida y el fruto de su esperanza, esa esperanza que a pesar de las circunstancias nunca la perdieron; pero que por cuestiones de vacíos legales en nuestra legislación es que el sueño de esta pareja de convertirse en padres se vio envuelta en una breve pesadilla que tuvieron que sobrepasar juntos pero que el amor por sus hijos y su deseo grande de convertirse en padres los hizo resistir.

Con el caso anteriormente mencionado ponemos en evidencia lo débil de nuestro sistema judicial y de los operadores que se encargan de administrarla, nuestro Estado pregona la idea de la promoción y protección de la familia como institución pero no se percató de los vacíos legales que puede estar experimentando nuestro código civil en su libro de familia, con respecto a otros métodos de concepción, específicamente la figura de la maternidad subrogada, situación que no se encuentra normada, y por ende no se le considera prohibida

ni permitida en nuestro país, pero que se debe considerar su incorporación legal debido a que a través de ella se puede cumplir con ese deber del estado de promover a la familia como institución y pues esto contribuiría a consolidar a la familia como tal dentro de nuestra sociedad y a fortalecer de alguna manera el derecho a procrear que es inherente al ser humano en su calidad de persona y titular de derechos.

1.1.1. Trabajos Previos

Internacionales

Según Santander (2012), en su tesis titulada “EL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O DE ALQUILER: ¿EJERCICIO LEGÍTIMO DEL DERECHO A PROCREARSE O ATENTADO A LA DIGNIDAD?, para optar el Título Profesional de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, en la Universidad Alberto Hurtado, el cual tuvo como objetivo principal el estudio del contrato de maternidad subrogada entre dos sujetos donde una mujer fértil aceptaría embarazarse y llevar en su vientre un niño para otra persona, teniendo la posibilidad de asumir un carácter ya sea oneroso o gratuito, donde mediante ese estudio se buscó describir y analizar diversos aspectos tomando como punto de referencia la legislación española, además dicha investigación uso una metodología triálica sirviéndose del método documental, axiológico y comparativo, es decir una investigación netamente jurídico-fáctica; en la cual concluyeron lo siguiente, que siempre se ha concebido a la maternidad como aquel estado privilegiado dentro de una sociedad determinada, pero así mismo también se debe considerar que cierta cantidad importante de la población no forma parte de ese estadio privilegiado el cual genera insatisfacción y frustración al no poder tener la capacidad de poder dejar descendencia, y es ahí donde se puede hablar de que la maternidad por vientre de alquiler hace una entrada triunfal como un medio de salvación para poder concretar esas ansias de poder ser padres, un proceso de concepción artificial que nunca estará exento de críticas y comentarios negativos.

Debido a las características que presenta esta figura de concepción artificial y la discusión que se tiene de ella con respecto a su varianza contractual, y la condicionada en cuestión de dilucidar si la libertad procreativa está disponible o si tan solo su ejercicio se limita por la dignidad del hijo y de la mujer gestante. Esa dignidad humana que no es nada más ni nada menos que un grande reflejo en cuanto al rechazo que se tiene en cuanto a la maternidad subrogada en el país de España y el aun en debate proyecto de ley chileno sobre el tema en

cuestión, donde no se queda más que evidenciado el derecho innato a procrear. Lo mencionado anteriormente fue de mucha utilidad para poder analizar este conflicto más a fondo y así poder entender de una u otra forma este problemas que suscita este tema en cuanto a derechos, permitiéndose de esa manera evidenciar las verdaderas razones del porque se debe admitir el contrato de maternidad subrogada ya que esta va a fortalecer el derecho a la descendencia obviamente parametrando ciertas limitaciones además de evidenciar la coherencia que este guarda con los derechos fundamentales y la naturaleza de estos mismos, los cuales se encuentran consagrados positivamente en normas de Derecho Nacional e Internacional, tal cual como serie a el caso de la Convención de los Derechos del Niño donde específicamente en su artículo 8° indica de manera expresa que aquellos Estados que formen parte de la misma de van a comprometer a guardar un total respeto de los derechos del niño específicamente en la preservación de su identidad, como también de sus derechos a una nacionalidad, un nombre y a las relaciones familiares siempre en conformidad con la ley sin ningún tipo de injerencia ilícita; y de las cuales Chile se encuentra suscrito. La idea de la existencia del derecho a procrear en el país de Chile, el cual se fundamente en la teoría de los derechos fundamentales reconocidos de manera expresa en la carta magna, va a permitir no solo definir las cualidades que deben defender a la persona humana, y entre las cuales se encuentra su derecho a la reproducción, lo cual se estaría fortaleciendo por medio de la figura de la reproducción subrogada, es por ello que es de suma importancia analizar el concepto de dignidad humana de la persona en si pues esta será pieza clave para identificar el contrato de la maternidad subrogada y la legitimidad del mismo, además que ello también permitirá comprobar que al usar este procedimiento de reproducción también debe ser considerado como expresión de dignidad humana, más aun si este tipo de contrato tiene la condición de altruista o gratuito, por lo que se le podría considerar como una nueva forma de expresión del concepto de dignidad humana. Así mismo también cabe mencionar que se hizo una revisión de las normas que contienen los supuestos de Adopción, Maternidad y Filiación, facilito advertir que la legislación atendía al principio romano “*pars viscerum matris*”, el mismo que es un vocablo de origen romano que significa “*parte de la madre*”; lo que hizo considerar la posibilidad de no relacionar la filiación directamente con un aspecto netamente biológico-genético sino más bien que existe la necesidad de reconocer ese contexto social de menor relevancia que se vincula con aquellos principios que rigen al Derecho de Familia, donde debe primar el interés superior del niño. Aunque todo esto implica asumir nuevos paradigmas dentro del sistema Filiativo

chileno va a permitir reforzar el derecho a la procreación, puesto que lo impone con el uso de nuevas técnicas, los cuales evidencian solo grandes cambios tecnológicos sino también en tanto a los tribunales que se vean involucrados. Y es eso lo que hizo interesante la investigación puesto que se busca no solo analizar la exigencia de un tratamiento constitucional del tema en cuestión sino que también considerar la dignidad humana dentro de un ámbito de libertad inherente a cada ser humano, tanto en el ámbito público como privado, donde se pueda concebir a la sexualidad de diversos ámbitos donde se pueda evaluar la esencia del derecho a procrear en Chile, ya que está muy independiente de pertenecer a la intimidad de cada sujeto debe permitirse su vivencia en libertad de interferencias de cualquier índole y que de esta se desprenda efectos jurídicos que exijan protección estatal, no solo en un sentido positivo o negativo sino también en los casos de una protección eficaz en cuanto a la salud, integridad y dignidad de la persona, donde no exista la discriminación y haya libertad, ya que dentro de una de las variantes de la maternidad subrogada se puede afirmar que lo que se contrata no es especialmente el útero sino más bien la capacidad reproductiva de una mujer. Por ello vale considerar que el carácter del efecto filiativo que tendría esta figura no sería pretender sustituir a la maternidad en sí, sino más bien como se indicó por uno de los académicos de la “Comisión Palacios”, se pretendería constituir una especie de Adopción Prenatal lo cual estaría guardando concordancia con aquellos principios que están contenidos en la Ley 19.620 el cual versa sobre temas de Adopción en Chile. Es por ello que al analizar la incorporación de esta figura nos conlleva a evaluar dos aspectos muy importantes los cuales serían la nulidad del acuerdo por un lado y los efectos jurídicos por el otro los cuales no están más que vinculados de manera directa con el Derecho de Familia y con aquella determinación de la filiación del fruto nacido como resultado de la utilización de esta técnica; de la cual se podría decir que en cuanto al primer aspecto solo bastaría con analizar la normativa existente que verse sobre contratos y la cual sostiene que no está permitido la posibilidad del comercio humano, así mismo también se utilizaría el mismo criterio para determinar si en dicho contrato mediaría la contraprestación económica solo cuando esta cumpla con cubrir los gastos requeridos por la madre gestante y los cuales atiendan a gastos médicos o las rentas que la madre gestante deje de percibir. Y en cuanto a la nulidad del contrato que respecta en cuanto a maternidad subrogada considera que los efectos jurídicos que de esta desprendan como la que sea un tercero quien gesté al niño y posteriormente le ceda a otro, donde no se haría más que compartir la idea de buscar determinar a quien se le debe atribuir la maternidad ya sea a quien encargo al hijo o de la

madre gestacional. Es por ello que en la legislación española en cuanto a técnicas de reproducción asistida sea declarado nulo el contrato que regule el tema en cuestión y en lo que respecta el proyecto de ley sobre sustitución de la maternidad busque sancionar dicha práctica puesto que en la práctica se podría vulnerar no solo la dignidad de la persona sino también de la mujer gestante, es por ello que se estaría buscando que en anticipación de esa posibilidad el derecho tome ventaja regulando con anticipación ciertas condiciones que limiten la maternidad subrogada estableciendo ciertas condiciones al momento de su celebración contractual admitiendo el tipo altruista y oneroso del evento y que los pagos que se puedan realizar solo giren en torno a los gastos relacionados con gastos directamente asociados al embarazo y a la indemnización de la mujer por haber dejado de percibir ciertas rentas laborales dejadas de percibir por motivo de la gestación, buscando también involucrar no solo al derecho civil sino también al derecho penal el cual sea el encargado de sancionar y condicionar su uso y por otro lado el derecho administrativo el cual permita regular la materia sanitaria y especificar los centros médicos y profesionales competentes para realizar dichos actos, todo eso debido al constante cambio de la realidad constante que nos envuelve y en ese intento de proteger no solo la dignidad de la persona por su condición de tal sino también de buscar proteger y fortalecer el derecho de procreación inherente al individuo, por lo que se concluye que la figura de la maternidad subrogada debe ser evaluada desde la perspectiva de lo permitido y lo no permitido , en base a la dignidad de la persona humana y a su derecho de procrear.

Según Marín (2013), en su tesis titulada “Maternidad Subrogada”, para obtener el Grado de Abogacía, en la Universidad Empresarial Siglo Veintiuno, el cual tuvo como objetivo buscar analizar la figura jurídica que posibilite incorporar legalmente la maternidad subrogada a la legislación Argentina, para reflexionar sobre el vacío normativo que existe de esta práctica presente, en la cual se concluyó lo siguiente: que a lo largo de la investigación se abordó el amplio tema de las técnicas de reproducción asistida o mayormente más conocidas como “TRA”, la cual solo se abarco con la finalidad de buscar abordar la problemática puntual que gira en torno a la figura de la maternidad subrogada y que se pueda dar la facilidad de su incorporación en el país, de lo cual se pudo saber que las TRA son usadas con la finalidad de solucionar el grave problema de la infertilidad, así se pone en evidencia una ley que fue promulgada por el Poder Ejecutivo la N° 26.862 ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Medico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida, la misma que

también fue sancionada por el Congreso Nacional; así mismo esta ley establece el acceso a este tipo de procedimientos en la cual nombra como autoridad competente al Ministerio de Salud, todo eso en atención a una norma constitucional que busca asegurar el Derecho a la Salud de todos los habitantes facilitando el acceso a tratamientos médicos, y en orden a un dictamen constitucional es que se consideró la ley en mención debido a que la infertilidad se considera como una enfermedad que afecta directamente la salud reproductiva, por lo que la ley estaba garantizando una norma constitucional, garantizando el acceso igualitario. Y es en este orden de ideas es que se pretende plasmar la figura de la maternidad subrogada, la cual no es más que un convenio mediante el cual una pareja heterosexual acuerdan con un tercero, en este caso una mujer para que sea esta quien lleve el embarazo, el cual sería logrado mediante la utilización de una TRA y que finalmente el tercero en la relación renuncie a todos los derechos sobre él bebe y se los ceda a los contratantes (pareja heterosexual), mediante este proceso puede que se aporte material genético como sea el caso en que no se dé, además de que dicho contrato sea del tipo oneroso y gratuito y en el cual si se dé el caso se evidencie la realización de pagos sean hechos con la única finalidad de cubrir los gastos requeridos por el embarazo y para la subsistencia de la madre gestante mientras esta deje de percibir rentas laborales, dado que si se diera caso contrario se estaría desnaturalizando la pretensión de la figura que se pretende incluir, además que la legislación argentina recoge como concepto de contrato a todo aquel acto jurídico del cual su objeto es la de cosas que estén en el comercio y que este mismo sea susceptible de apreciación dineraria y es ahí donde se afirma que es imposible y no concebible la posibilidad de negociar sobre el estado de la familia, por lo que no se le puede convertir en un objeto de negocio; lo que se entiende como que la madre objeto de subrogación no pueda transar con respecto a su derecho que tiene sobre el niño, y el cual imposibilita inclusive a convertir a su vientre en un objeto de contrato comercial, ya que dado el caso suceda se estaría yendo en contra de la moral y las buenas costumbres. Es ahí entonces que analizando desde la óptica jurídica argentina en lo que respecta contratos se estaría frente a un contrato sin validez e inexigible judicialmente y además que se entraría en controversia en lo que respecta la atribución de la maternidad, ya que se considera a la misma como aquel vinculo biológico que se obtiene como resultado del parto; por lo que el código civil argentino establece en su ley de Filiación Patria Potestad que esto se establecerá como reconocimiento expreso por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido, la cual no se considera como barrera significativa en la pretensión de la inclusión de esta figura de maternidad subrogada, lo que si amerita un

detalle análisis es la naturaleza contractual de esta figura puesto que se configura como algo imposible debido a la definición ya esbozada por el ordenamiento jurídico argentino, por lo que se considera que la viabilidad de la incorporación de esta figura sería bajo a incorporación de un programa de “Maternidad Subrogada”, pero no bajo la base de un contrato de naturaleza comercial sino con la intervención de una madre portadora la cual estaría acreditando la voluntad de las partes como una convención jurídica sin carácter patrimonial, con la condición indispensable que uno de los padres subrogados aporte material genético al embrión y que estos acrediten problemas en su salud reproductiva; además que se considere que la madre solo sea un medio para el desarrollo del embarazo y esta no aporte material genético para evitar de esa manera posibles problemas de carácter jurídico en un futuro.

Según Cué Viveros (2016), en su tesis titulada “MATERNIDAD SUBROGADA”, para obtener el grado el Título de Licenciada en Derecho, en la Universidad Panamericana, la misma que tuvo como objetivo principal el de realizar un análisis detallado de la regulación jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida para que de esa manera se pueda contribuir de alguna forma al enriquecimiento del ordenamiento jurídico mexicano y así mismo se logre beneficiar a la sociedad mexicana actual; la misma que concluyo en que es posible evidenciar que gracias a los avances tecnológicos que se han desarrollado en los últimos tiempos es que se puede hacer realidad el deseo interminable de las personas por procrear y tener descendencia y de esa manera trascender en su legado biológico, pero por otro lado no se puede concebir al hecho de querer procrear a un hijo como un derecho, sino que este podría derivar claramente del derecho y deber de formar una familia. Así mismo en todo este orden de ideas no se considera que pueda haber la posibilidad de la vulneración de los derechos humanos de un niño que sea procreado bajo las condiciones o los procedimientos de técnicas de reproducción asistida, puesto que de por medio existiría el consentimiento expreso de los futuros padres de su deseo de procrear y constituir una familia; y en orden de esas ideas es que se le brindaría al niño todos los derechos inherentes a su persona en su condición de sujeto de derechos y los mismos que serían si este fuera el caso de que fuera un niño concebido de forma tradicional; pero aun así con todas esas consideraciones es que aún es necesario que se realicen diversos análisis, investigaciones o estudios exhaustivos en torno a la materia en cuestión puesto que se estaría poniendo en cuestión la salud psicológico de los menores y de la sociedad en general. También se puede

rescatar de la investigación el hecho de que la existencia de las técnicas de reproducción asistida, las mismas facilitadas por el avance tecnológico de nuestros tiempos como una alternativa de solución frente a la infertilidad de la población, por lo que si estas mismas son usadas de manera consiente y con límites bien establecidos, pues podríamos estar contribuyendo con el beneficio de la sociedad y apartando de las mismas cualquier forma de aprovechamiento ilícito que se quiera derivar de las mismas en la búsqueda de lucrar económicamente por parte de personas inescrupulosas. Por otro lado la tesista considera que el uso de este tipo de técnicas no se podría encuadrar en el tema de contratos, ni como uno atípico ni típico debido a que la naturaleza que se le atribuiría a la misma desprendería de los siguientes motivos: a) el cuerpo humano no puede considerarse dentro del comercio, b) los derechos familiares no pueden concebirse como objetos contractuales, c) si es sabido que la voluntad de las partes es parte fundamental de todo contrato es que si se habla de la voluntad manifestada dentro de la maternidad subrogada es que no se debe permitir para las partes convenir cláusulas puesto que de lo contrario se estaría contraviniendo con la seguridad jurídica, d) así mismo el hecho de atribución tanto de la maternidad como paternidad no se podría dejar a la suerte de la decisión de un particular, y e) en el caso de que exista contraprestación se consideraría como una comercialización humana, la misma que es concebida como una práctica ilícita, que vulneraría derechos humanos además de la ley y la moral de la persona humana en su calidad de titular y sujeto de derechos. Por todo lo anteriormente señalado es que se considera que si se da la posibilidad de incluir la regulación jurídica de la maternidad subrogada dentro de la legislación mexicana, debería hacerse bajo la premisa de ser considerado como un acto jurídico sancionable por la autoridad jurisdiccional competente en atención de que en dicho caso se da que una mujer determinada a la cual se le atribuirá el nombre de madre gestante gratuitamente, la misma que permitirá que en su ovulo propio se dé la fecundación de un espermatozoide de los padres adquirentes, el mismo que será implantado en el vientre de la madre gestante, la misma que se verá obligada al final del embarazo a proceder a la entrega del bebé a la pareja heterosexual que desea adquirir los derechos de filiación sobre él bebé.

Nacional

Según Bustamante Grande (2017), en su tesis titulada “LA CONTRATACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LAS CLÍNICAS DE FERTILIZACIÓN DE LIMA METROPOLITANA EN EL AÑO 2016”, para obtener el Título Profesional de Abogada,

en la Universidad Cesar Vallejo, la cual tuvo como objetivo principal tratar de describir como se ha venido dando la contratación de la figura de maternidad subrogada en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana en el 2016, la cual concluyo en qué; según al análisis de los resultados que se obtuvo en función a los objetivos de la investigación, tomando en cuenta el propósito de la misma se puede evidenciar cuatro conclusiones, las cuales son: 1) se obtuvo una frecuencia valida alta de “70” de “100 de las encuestas”, en concordancia con la variable maternidad subrogada la cual corresponde al objetivo general, la cual demostró una alta tendencia de aprobación en la maternidad subrogada en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana.; 2) se obtuvo una frecuencia valida alta de “61” de “87,1% de las encuestas”, que arrojó como resultado quienes estaban de acuerdo con la dimensión “pareja contratante”, en atención al primero objetivo específico, evidenciando una alta aprobación en la pareja contratante en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana.; 3) se obtuvo una frecuencia valida alta de “70” de “100 de las encuestas”, en concordancia con la dimensión contraprestaciones, la cual corresponde al segundo objetivo específico evidenciando una alta aceptación de la misma en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana; y 4) se obtuvo una frecuencia valida alta de “69” de “98,6% de las encuestas” en concordancia con la dimensión “técnicas de reproducción humana asistida”, el cual no hace más que referencia al tercer objetivo específico, dejando en claro que existe una alta tendencia de aprobación en las técnicas de reproducción humana asistida en las clínicas de fertilización de Lima Metropolitana.

Según Péres Pita (2015), en su tesis titulada “PRESUPUESTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS MÍNIMOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA ANTE UNA INMINENTE REGULACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ”, en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, para obtener el Grado de Magíster en Derecho de Familia y de la Persona, la misma que tuvo como objetivo principal el hacer énfasis en aquellos parámetros mínimos que busquen prevenir determinados problemas futuros de mayor alcance que se desarrollen dentro de nuestro país, la misma investigación concluyo con que: 1) con el comienzo de la década de los setenta se empieza a concebir nuevas formas de contracepción lo que desato que las nociones conceptuales de fecundación ya no sigan siendo consideradas como el evento determinante que inicia la vida de un individuo abriendo paso a nuevas concepciones sobre el inicio de la vida, con el desarrollo de las teras; por lo que con la aceptación de estas nuevas teorías se abre camino a la

aceptación de implementación y procedimientos tecnológicos que reproducción asistida, más conocido como TRAS, la congelación de embriones, entre otras.; 2) nuestra legislación nacional reconoce los derechos del concebido por lo que le brinda protección desde el momento que se origina su concepción (unión del ovulo con el espermatozoide), el mismo que da paso a un nuevo ser.; 3) nuestra legislación nacional reconoce que la persona en su condición de ser humano, se le brinda protección desde el momento de la concepción, asegurándole derechos como a la vida y a la integridad física, entre otros; 4) la regulación de las TRAS en nuestro país en diversas clínicas de fertilidad, los mismos que son respaldados específicamente por el artículo 7° de la Ley General de Salud, la misma que regula sobre técnicas de reproducción asistida.; 5) por otro lado se considera a nuestro ordenamiento jurídico como uno proteccionista con respecto al derecho a la vida. Por lo que se consideraría de vital importancia el establecimiento de ciertos parámetros con lo que respecta la aplicación de la TRAS, parámetros que no deben ser concebidos como un impedimento para el desarrollo de la tecnología sino como un mero punto que invite a la reflexión sobre la materia en cuestión, debido a que se estaría poniendo al filo del abismo conceptos básicos como el que involucra lo social, lo moral, lo ético y lo legal.

Según Ticse Traverzo (2018), en su tesis titulada “LA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DEL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA CON SUBROGACIÓN MATERNA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”, para obtener el Grado Académico de Maestro en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, en la Universidad Nacional de la Amazonia Peruana, la misma que tuvo como objetivo principal el buscar explicar la posibilidad de la existencia de la regulación de la figura de filiación cuando esta derive de técnicas de reproducción asistida, dentro del derecho peruano, misma investigación que concluyo en que se pudo llegar a comprobar que el reconocimiento de la filiación derivadas de procesos de reproducción asistida terminaría siendo beneficioso dentro de nuestros sistemas normativos, ya que por medio de la misma se estaría protegiendo los derechos de los participantes (madre genética, gestante, y el padre) con una fuerza legal imperante, así mismo es que se considera a las técnicas de reproducción asistida como la mejor alternativa de solución frente a la infertilidad en parejas que anhelan ser padres pero por razones de mayor peso (razones biológicas) no lo logran; viendo frustrado su anhelo de constituir una familia. Y es en ese mismo orden de ideas que se les puede reconocer ese derecho a formar una familia mediante el uso de nuevas tecnologías científicas, por lo que

sería necesario realizar una modificación de la legislación civil existente en nuestro país, la misma que se enfatice en temas de filiación que devengan de técnicas de reproducción asistida.

Local

Según Enríquez Mattos (2017), en su tesis titulada “TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES EN EL PERÚ”, para obtener el Título Profesional de Abogada, en la universidad César Vallejo, la cual tuvo como objetivo principal buscar determinar de qué manera la técnica de maternidad subrogada se relaciona con la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú, la misma que concluyo en lo siguiente: que no se puede establecer un vínculo directo entre la relación de una posible regulación legal de esta figura frente a la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú, pero si existe vinculación directa significativa en lo que respecta la vulneración del derecho a la identidad de los menores en nuestro país frente a la opinión doctrinaria, el entorno social y el tratamiento jurisprudencial. Por otro lado, también se encuentra una vinculación directa entre la técnica de maternidad subrogada frente a lo que sería la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú tanto en la dimensión jurídica y social.

Según Reyna Castro (2015), en su tesis titulada “LA FILIACIÓN DEL ADULTO CONCEBIDO MEDIANTE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA EN EL DERECHO FAMILIAR PERUANO”, para obtener el título de Abogado, en la Universidad Privada Antenor Orrego, la misma que tuvo como objetivo principal el buscar delimitar tanto fundamentos jurídicos y facticos que intenten regular el derecho del adulto concebido por inseminación artificial heterologa a conocer su verdadera identidad en el Perú, y que concluyo en lo siguiente: debe considerarse la posibilidad de regulación del derecho de filiación del adulto concebido por inseminación artificial, para evitar la existencia de problemas jurídicos que pretendan vulnerar derechos fundamentales; ya que se puede considerar que desde un punto de vista que envuelve la a la inseminación artificial radica en que el marido de la madre del niño, quien a la ves es el padre legal de la criatura mas no su padre genético, quien va a responder por la paternidad aun cuando este no haya expresado su consentimiento. En el Derecho comparado evidenciamos que países como Argentina, España e Inglaterra permiten que el niño producto de una inseminación artificial al cumplir

los 18 años tengo acceso a la información con respecto a su origen genético; todo esto en atención al derecho de la identidad biológica que se reconoce como uno de carácter fundamental dentro de nuestra constitución. Ya que nuestro ordenamiento vigente y actual no regula este tipo de reproducción asistida.

Según Balcázar Goicochea & Jesús Ventura (2014), en su tesis titulada “HACIA UN NUEVO TIPO DE FILIACIÓN POR REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”, para obtener el Título de Abogado en la Universidad Nacional de Trujillo, la misma que tuvo como objetivo principal precisar la necesidad de regular un tipo de filiación por reproducción medicamente asistida en la legislación peruana; la misma que concluyo con la consideración de que las técnicas de reproducción asistida son métodos auxiliares de la fertilidad creados con la única finalidad de buscar solucionar problemas de infertilidad dentro de las familias, las mismas que son originadas por causas de diferentes índoles, además que se puede evidenciar en más de una oportunidad que el desarrollo del derecho casi nunca va a la par con el desarrollo tecnológico que cada vez va ganando más campo dentro de la sociedad, lo que origina que no exista una regulación inmediata relacionado a las problemáticas solucionadas por los avances científicos, y lo más curioso es que en nuestro realidad actual el uso de este tipo de técnicas es cada vez más frecuente por los integrantes que conforman la sociedad, aun incluso cuando este tipo de técnicas no son objeto de preocupación por nuestra normativa jurídica, por lo que esta estaría abierta a su aplicación para fines reproductivos y para su fin lucrativo de la mismas. Y es así que se evidencia que nuestros cuerpos jurídicos vigentes, regulan en materia de técnicas de reproducción asistida de manera insuficiente, puesto que solo está contenida en la ley general de salud en un único artículo como lo es el artículo 7 de la misma ley en mención.

1.2. Marco Teórico

1.2.1. Breve Historia de las Técnicas de Reproducción Asistida

Es factible empezar remontándonos al año 1884 exactamente en la ciudad de Filadelfia (USA), donde William Pancoast , médico de profesión, encontró una oportunidad excelente para poner en marcha su procedimiento basado en una inseminación artificial, en la “desgracia de infertilidad” de un comerciante; donde por la donación de semen de uno de sus estudiantes de medicina, semen que logro inseminar en la esposa del comerciante abriéndoles la posibilidad de gestar y concebir un niño completamente sano. Pero es en el

año 1973 donde se pudo dar inicio de manera plena a aquellas nuevas formas de concepción, que se denominaron como aquellas nuevas e innovadoras Técnicas de Reproducción Asistida o mejor conocida como TERAS, ya que en este año en mención es que se logró el primer embarazo a través de la fecundación in vitro, gestación que tan solo fue factible por unos días.

Posteriormente en el año 1976, es que se logró la gestación extrauterina de un niño, después de nueve largos años de investigaciones y pruebas frustradas, dicho acontecimiento fue una prueba o muestra clara de la celebración de un acuerdo de maternidad subrogada por primera vez en la historia, así mismo tal cual es señalado por Tapia & Tarasco (2014), que la denominación de “maternidad subrogada” fue acuñada por el abogado Noel Keane, quien además quien fue quien logro el acuerdo.

Cuando corrían los años de 1978, Patrick Steptoe y Robert Edwards, médico ginecólogo y, embriología y genetista, respectivamente; ambos científicos ingleses, lograron exitosamente el nacimiento de Louise Brow en el Reino Unido por medio de la fertilización in vitro, quien fue concebida sana y a lo largo de su existencia nunca presentó efectos negativos producto de la técnica usada para su concepción; así mismo la segunda niña probeta fue Amandine quien nació en Australia en el año de 1981. Esos son unos de los casos conseguidos con éxito que dieron origen a la existencia de nuevas técnicas de reproducción asistida que hoy en día facilitan la concepción y le regalan la dicha de ser padres a quienes producto de males fisiológicos se encuentran imposibilitados de concebir de la forma tradicional, paradigmada por nuestra sociedad.

1.2.2. Nociones Generales

1.2.2.1. Maternidad Subrogada

1.2.2.1.1. Conceptos y Supuestos

Existen muchos autores que se han atrevido a realizar una definición en lo que respecta la maternidad subrogada, en las cuales podemos mencionar por un lado la definición planteada según Sanz Álvarez (2002, pág. 141), el mismo que se refiere a la maternidad subrogada como aquel determinado proceso médico mediante el cual se lleva a cabo la anidación de un embrión para ser fecundado en el vientre de una mujer, distinto al que será la madre jurídica

del bebe; es decir, llevara en su vientre él bebe de otra mujer. Por otro lado, tenemos la definición que nos brinda Aguilar Llanos (2017) quien señala que la figura de la maternidad subrogada no viene a ser nada más ni menos que un acuerdo mediante el cual una mujer se va a comprometer con otra para la primera pueda gestar en su vientre un niño que posteriormente será entregado a la segunda puesto que no existirá ningún vínculo consanguíneo con la madre portadora del embrión.

Desde siempre nos han enseñado que, toda persona es aquella que nace producto de la combinación del ovulo y el espermatozoide como consecuencia de las relaciones sexuales mantenidas entre un hombre y una mujer, y esta última es reconocida como la madre biológica, en atención al principio de derecho “Mater Semper Certa Est”, el mismo que es un vocablo latino que significa que la maternidad es siempre reconocida, el cual se enfrenta a otro principio de derecho que dice “Pater Semper Incertus Est”, vocablo latino que se traduce como “es padre es siempre incierto, lo que expresa claramente que la madre de un niño concebido siempre va a ostentar esa condición a diferencia del padre, del cual podría dudarse su paternidad con mucha facilidad lo que no quiere decir que no pueda ser demostrada. Y todo esto solo nos conlleva a tratar de dilucidar la diferencia entre madre gestante y madre biológica y a cuál de ellas dos atribuirle el derecho de maternidad puesto que con la aparición de esta figura de maternidad subrogada ha hecho que dichas figuras se lleguen a conflictuar una de la otra; así mismo también en orden de las ideas concebidas es que se busca definir “maternidad subrogada” para la cual Gonzales Martín (2012) la definió como “el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer – la cual puede ser madre solo gestante y/o biológica -, sujeta a un acuerdo, contrato, pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer u hombre que figurara como madre de este”

Por lo que en orden de esta definición es que se puede establecer evidenciar dos modalidades en torno a la función que cumpliría la mujer con respecto a su intervención en este tipo de proceso procreativo entre los cuales tenemos:

- Madre gestante que no aporta material genético: es decir en este tipo de intervención de la mujer esta solo presta su útero como medio de realización para el embarazo, y el embrión contiene solo material genérico de los padres contratantes, y esta figura es llamada también alquiler de útero.

- Madre gestante que aporta material genético: esta figura guarda más relación con la determinación de la madre biológica puesto que dentro de esta modalidad los padres contratantes pueden como no aportar sus gametos, y esta figura es conocida como maternidad subrogada propiamente dicha.

Así mismo Baffone (2004), señala que se puede llegar a tener hasta cinco padres diferentes por medio de estas técnicas de reproducción asistida en los cuales cabe mencionar:

- a) Una madre genética
- b) Una madre gestacional
- c) Una madre social
- d) Un padre genético
- e) Un padre social

Y para los cuales se podrían dar situaciones como las que se plasman a continuación:

✓ **Primer caso:** se genera la situación donde la subrogada es a la vez tanto la mujer gestante como la biológica, el marido de la pareja solicitante es quien aporta el semen; y es en este caso que, si la madre subrogada cede sus derechos con respecto al niño a la pareja, la mujer del padre biológico automáticamente asumirá el papel de la madre legal así esta no tenga ningún vínculo biológico con el niño.

✓ **Segundo caso:** en este supuesto se da que la madre subrogada es la que alquila únicamente su vientre exclusivamente para la gestación y no aporta material genético en el procedimiento, por lo que el material genético pertenecería únicamente a la pareja heterosexual solicitante.

✓ **Tercer caso:** en este caso la madre subrogada tampoco aporta material genético y solo se encarga de la gestación, pero el ovulo fecundado pertenece a la mujer solicitante y el semen al esposo de la madre subrogada.

✓ **Cuarto caso:** existen dos madres sustitutas que se van a ocupar respectivamente de la gestación y de la aportación del material genético, y el semen es obtenido de manera anónima y existe una mujer solicitante a la que se le va a tribuir el nombre de madre social.

1.2.2.1.2. Tipos de Maternidad Subrogada

Cuando se habla de maternidad subrogada se puede generar una idea de un pago que se realiza en atención a una compensación por gestar a un niño, por lo que es de vital importancia distinguir los dos tipos de maternidad subrogada que se pueden distinguir según doctrina las cuales son:

a) **Maternidad Subrogada Altruista:** con respecto a esta técnica se puede decir que tiene su origen en fines netamente altruistas, es decir las mujeres ofrecen sus vientres únicamente a parejas que no pueden concebir un niño por medios propios o mejor dicho de manera convencional a cambio de que estas cubran únicamente los gastos que implicaba el embarazo.

b) **Maternidad subrogada comercial:** por otro lado, con la existencia de este tipo, la mismo cambio su forma de ser concebida ya que con este tipo de figura se empezó a realizar por medio de transacciones económicas la cual consistía en ofrecer el vientre y recibir dinero a cambio de entregar al niño.

1.2.2.2. Familia

1.2.2.2.1. Nociones Generales

El ser humano por naturaleza desde el momento de su nacimiento se va a ver rodeado de personas de todo tipo o clase, y se considera a la familia como aquel primer grupo con el cual va a interactuar, además que esta es considerada y concebida como pilar fundamental de la sociedad.

Así mismo Cornejo Chávez (1999), se refiere que no se puede concebir una etimología de la palabra familia de manera clara y precisa pues existen diversas acepciones para la misma, ya que por un lado se le considera que proviene del latín “fames” el mismo que significa hambre y se le interpreta como aquel hecho donde se considera al seno familiar como el lugar donde se va a satisfacer las necesidades del hombre, mientras que otros consideran que la palabra familia deriva del latín “famulus”, lo que hace referencia a siervo, la misma que se interpreta que los miembros que la conformen van a estar sometidos siempre al poder del pater.

Pero se puede considerar de manera sociológica a la familia como aquel grupo donde se va a desarrollar la convivencia nacida de actos naturales que se viven de acuerdo a las experiencias cotidianas por sus miembros, por otro lado apuntando a lo considerado por el jurista Peralta Andia (2004), quien hace referencia y ubica a la familia como aquella institución de la cual forman parte varios individuos de manera permanente de la cual se van a desprender varios vínculos tanto consanguíneos como de procreación y de parentesco.

Y es así que en este orden de ideas y con la finalidad tratar de buscar la definición más acertada en lo que respecta la familia en el mundo jurídico es que se traería a colación al jurista Varsi Rospiglioso (2004), el mismo que indica que se puede ubicar a la familia más que como un término jurídico, sino como una institución necesaria para el desarrollo social del hombre donde va a satisfacer sus necesidades básicas por medio de la convivencia.

1.2.2.2.2. Funciones de la Familia

Al hacer mención de las diversas funciones que involucra a la familia como tal, cabe mencionar los siguientes:

a. Sexuales

Los mismos que se ven consagrados con la unión de una pareja heterosexual, que abrirá paso a la canalización sexual de estos con la finalidad de establecer un monopolio sexual, el mismo que tendrá su base en el deber de fidelidad de las parejas.

b. Reproductoras

Este es uno de las finalidades principales en la conformación de una familia, con la razón primordial de asegurar la perduración de la especie humana

c. Económicas

En razón de esta finalidad es que se le atribuye a cada miembro parte de una familia determinada algunos derechos en relación al patrimonio familiar, con la promesa de buscar su incremento para en un futuro poder realizar la transmisión en favor de sus herederos.

d. Educativas

Esta enfoca principalmente con el deber de los padres hacia con los hijos para asegurarles el acceso a la educación básica y a los deberes de estos mismos a protegerlos y cuidarlos.

1.2.2.2.3. Regulación Jurídica

Al hablar de la protección jurídica que se le puede atribuir a la familia de manera específica, se tendría que referir claramente al Código Civil Peruano Vigente, específicamente en su libro III, la misma que le da cabida a esta institución por ser considerada como una básica dentro de la sociedad, además que también podemos encontrar cierta regulación en nuestra Carta Magna como en diferentes mecanismos internacionales existentes,

Es por ello que se puede considerar la eficiencia que ha tenido las normativas peruanas vigentes en respecto brindar una regulación jurídica adecuada al tema de la familia, en la misma que se especifica y reconoce autoridad dentro de la mismas para ambos cónyuges que la conforman, tal cual como también sucede con derechos y obligaciones que de la misma se desprenden para ambos, además de atender un orden de igualdad dentro del desarrollo de la familia

1.2.2.3. Filiación

1.2.2.3.1. Definición

Se concibe a la filiación al igual que la familia como una institución inherente al derecho de estas últimas en mención, la misma que guarda una relación paterno-filial determinada por la madre que dio a luz y por el padre que engendro.

En relación de esta figura jurídica se desprenden varias concepciones esbozadas por distintos autores de los cuales podemos mencionar por un lado la establecida por Planiol & Ripert (1948), quienes consideran a la filiación como una relación entre dos personas (padre-madre); así mismo en ese orden de ideas cabe precisar la definición esbozada por Méndez Costa (1986), quien lo define como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto al generado”.

Por otro lado, según Cicu (1930), el mismo que la concibe como una característica determinada que pasa a formar parte de una serie de vínculos que van a unir al hijo en relación no solo con sus progenitores sino también con los demás familiares de estos últimos.

1.2.2.3.2. Clases

a. Filiación Biológica

Esta misma hace referencia a un determinado hecho de carácter natural que se origina a partir de la reproducción humana tradicional; considerando la filiación como un término general puesto que todas las personas sin excepción alguna son hijos de alguien.

b. Filiación Legal o Por Adopción

Se contempla tanto en la doctrina moderna como en la tradicional, las mismas que consideran este tipo de figura como un tipo más de filiación dentro de los cuerpos jurídicos existentes los mismos que están enfocados a innovar los conceptos de familia actuales, ya que se puede considerar a la adopción como aquella figura de naturaleza provisional. Por otro lado se señala que la figura de la adopción como institución es constituida como una nueva alternativa que se encuentra paralela al uso de las técnicas de reproducción asistida, la misma que va a abrir paso a que se termine de completar la realización de tanto la maternidad como de paternidad de aquellos sujetos que no tuvieron la oportunidad de procrear de manera tradicional, como se espera dentro de una sociedad determinada, así mismo es que esta figura legal de adopción se enfoca como un propósito principal que está orientado a la integración de la familia donde se le otorgara el privilegio principal de tener un hijo, y que este último tenga el privilegio de tener y ser parte de una familia.

c. Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En lo que respecta el análisis de la doctrina moderna frente a los nuevos avances tanto científicos como tecnológicos que a lo largo de la historia se han venido experimentando debido al dinamismo que se evidencia dentro del derecho de familia, en especial en los temas relacionados a la filiación que derive de la aplicación de TERAS, en cualquiera de las formas existentes, hace que se plantee la necesidad de regular este tipo de filiación que fortalezca el derecho de familia, por lo que se le podría considerar como una tercera clase dentro de los dos tipos ya existentes.

1.2.2.4. Principios Rectores

1.2.2.4.1. Mater Semper Certa Est

Siguiendo a Fernández-Rivera González (s.f.), es que se traduce la expresión latina como aquella que hace referencia que la madre siempre es conocida, por lo que este principio contribuiría a brindar una luz de comprobación con respecto a la maternidad y la determinación de quien sería la madre alumbradora del infante; por lo que es menester especificar que dicho principio en mención se considera como un determinante importante sobre lo que respectaría la certeza de la gestación y alumbramiento.

1.2.2.4.2. Principio Protector de la Familia

Este principio tiene como objetivo fundamental el de velar por la protección familiar, por considerar a esta misma como el núcleo fundamental de toda sociedad por lo que es exigible su protección por parte de todo estado democrático y de la sociedad mismas. Por lo mismo que al tratarse de un principio primordial respecto de la protección familiar ya que es la misma la cual se concibe también como el pilar fundamental de la sociedad orientado en el crecimiento y desarrollo de la mismas, lo mismo que reconoce de manera expresa tanto nuestra Carta Magna, en la misma que se especifica que es deber de nuestro estado la tarea de cuidar y fomentar su bienestar y desarrollo.

1.2.2.4.3. Principio del Interés Superior del Niño

Este principio es definido como aquel del cual deriva la potenciación de los derechos tanto a la integridad física y psíquica de los niños y adolescentes, el mismo que tiene una naturaleza garantista enfocado a la resolución de problemas o conflictos donde se pueda vincular a niños o adolescentes respectivamente.

1.2.3. Partes Intervinientes

La maternidad subrogada forma parte de uno de los tipos de técnicas de reproducción humana asistida que existen, y dentro de las mismas que se puede evidenciar la presencia de determinados sujetos que tienen intereses diferentes pero un propósito en común, el de abrir la posibilidad de dar paso al nacimiento de un nuevo ser. Por lo que las técnicas de reproducción humana asistida tienen un gran impacto en todos los intervinientes que

participen de las mismas, tanto en sus responsabilidades como en sus derechos; todo ello en orden del grado de participación que ostenten.

1.2.3.1. Los cónyuges

Esto especifica claramente a la pareja de esposos conformado por el hombre y la mujer que tienen el anhelo de ser padres y que no pueden concebir un niño de manera tradicionales, por lo que toman como primera opción el de recurrir a solicitar los servicios de un centro especializado, para que puedan poder concebir un niño. A estos mismos se les buscar atribuir la filiación legal con respecto al nuevo ser; bajo los supuestos que uno de ellos puede ser el padre o madre biológica del concebido.

1.2.3.2. La Mujer

A. La Mujer que desea ser Madre

Es la mujer que tiene el anhelo de convertirse en madre, pero que por razones de diversas índoles no lo logra o se le es imposible lograrlo, esta misma puede tener una pareja estable o por el contrario el deseo de ser madre soltera, por lo que busca como una de sus mejores opciones el recurrir a la figura de maternidad subrogada. Una vez realizado dicho procedimiento, sobre esta va a recaer la maternidad del recién nacido por lo cual debe de manifestar su consentimiento de manera clara y expresa.

B. La Mujer que Alquila su Vientre

En estos casos especiales se habla de que en algunas oportunidades mayormente la madre gestante termina siendo también la madre genética, no en todos los casos puesto que en algunas ocasiones la madre gestante solo es la portadora del embrión, puesto que de ella no deriva ningún tipo de material genético en relación con el embrión; es decir el material genético deriva de terceros.

1.2.3.3. El Niño que Nace

Es quizá la presencia de este personaje dentro de la maternidad subrogada, del cual recae la mayor parte de cuestionamientos y es por ello que es también en quien debemos centrar más nuestra atención, ya que es a este mismo a quien no se le puede negar ningún derecho que por ley se le reconoce. Se considera el tema de la filiación en relación al recién nacido

producto de este tipo de técnicas de reproducción una de las más grandes preocupaciones que deben ocupar a nuestros ordenamientos jurídicos puesto que es ahí donde más urge una regulación específica, que aclare las controversias que puedan existir.

1.2.4. Concepciones Respecto a la Maternidad Subrogada

1.2.4.1. Argumentos a favor

Se sostiene que la maternidad subrogada está basada en la decisión libre de personas adultas que solo van a ejercer sus derechos sin afectar los derechos de terceras personas, ya que dentro de esta relación todos los participantes suelen beneficiarse de una u otra manera ya sea directa o indirecta; es decir el niño gestado es recibido por dos padres heterosexuales que lo llenaran de amor, los padres contratantes cumplirán su anhelo de ser padres y podrán tener un hijo a quien cuidaran y llenaran de amor y por último la mujer portadora lograra poder ayudar a otras personas además de obtener cierto beneficio económico como contraprestación. Así mismo existen estudios que evalúan a estos niños y sus familias constituidas a través de la figura de la maternidad subrogada y se pone en evidencia que no existen complicaciones de ninguna índole, ni mucho menos se presencia problemas psicológicos como es señalado por ciertos estudiosos.

Por lo que se considera que con respecto a la figura legal de la maternidad subrogada debería ser implementada por el Estado, como una nueva manera de acceder a los derechos de procreación por las familias que tienen ciertos problemas fisiológicos al momento de concebir, fortaleciendo de esa manera la familia como institución dentro de la sociedad en sí.

1.2.4.2. Argumentos en contra

Es cierto que lograr la aceptación de la figura de la maternidad subrogada como una nueva forma de concepción y de hacer valer los derechos de procreación será un camino difícil que recorrer debido a los múltiples argumentos en contra que se esbozan con respecto a la mismas, entre los cuales mencionaremos los siguientes:

a) La maternidad debe ser un proceso natural por lo que intentar usar otras variables que solo la desnaturalicen debe ser considerado como algo moralmente inaceptable; es aquí donde Krimmel (1995), quien considera a este argumento como uno de los más usados por

quienes ostentan de una postura conservadoras, considerando que dentro de las familias todo debe ser concebido de manera natural para lograr algo puro y bueno, además que quienes esbozan esta postura también consideraran que todo lo sucedido en el pasado fue mejor y que hoy en día solo se está desnaturalizando procesos naturales

b) El hecho de usar a la mujer como vehículo para concebir un hijo debe ser considerado una práctica inmoral ya que ello no es nada más ni menos que una forma de apropiación, control y explotación de la mujer; este argumento gira en torno a una oposición de carácter moral que puede ser considerada cierta en determinados casos, un argumento que no es nada más que invocado por corrientes feministas, quien consideran que solo se estaría reafirmando actos pasados donde la mujer era tomada como un mero objeto víctima de manipulación y explotación por parte del varón para satisfacer los propios fines de este último, lo cual se estaría configurando como la versión actual del machismo dentro de la sociedad por medio de la obligación a la mujer de concebir y dar a luz.

c) Se considera que un hijo(a) no puede ser considerado como objeto para obtener un beneficio económico pues se estaría mercantilizando la figura de la maternidad subrogada; por lo que se debe concebir esta figura única mente bajo una perspectiva altruista.

d) La concepción de los hijos debe ser de manera tradicional, el hecho de concebir para cederlo a otro es considerable algo absurdo, puesto que el simple hecho de gestar ya te convierte en madre por lo que entregar a tu hijo a un tercero es considerado netamente un acto de crueldad y te genera la condición de una madre desnaturalizada que no puede llegar ni a sentir ni amor propio.

e) El desprendimiento del hijo(a) es interpretado como un acto netamente de irresponsabilidad lo que es reprochable moralmente; ya que la madre gestadora nunca asume sus responsabilidades de madre.

f) Los niños que nazcan bajo esta modalidad de maternidad subrogada son más propensos a sufrir males psicológicos y sociales; este argumento se sostiene en base a la ruptura del vínculo materno-filial que se quiebra cuando la madre gestadora entrega al niño(a) a terceros que se encargaran de su crianza reemplazándola como madre biológica.

g) La inmoralidad de concebir un niño(a) bajo esta figura cuando existen niños que esperan ser adoptados.

1.2.5. Análisis del vacío legal que presenta el Derecho de Familia Peruano frente a casos de Maternidad Subrogada

1.2.5.1. Análisis de la Legislación Peruana

Tratar de concebir la figura de la maternidad subrogada dentro de nuestra legislación alguna es ilógica, puesto que dentro de la misma no existe una regulación expresa ni mucho menos tacita que regule las técnicas de reproducción asistida, pero si existe cierta invocación que se hace pero que no resulta siendo clara del todo, el cual se puede encontrar en el artículo 7° de la Ley General de Salud, el cual hace referencia a que toda persona tienen derecho a recurrir a tratamientos de reproducción asistida, bajo la condición de que la madre genética (donadora y/o dueña del ovulo) y la gestante sean la misma persona, previo consentimiento, además de que se indica su prohibición para fines de clonación humana. Este artículo también evidencia claramente la atribución que se le otorga a la persona humana de hacer uso de técnicas de fertilidad, así como se le abre paso a hacer uso de su derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida, derecho que se le atribuye a parejas heterosexuales, estén vinculadas ya sea por matrimonio o por una unión de hecho, por lo que en orden de estas ideas es que el Estado está en la obligación de proteger y promover dicho derecho. Así mismo se debe entender que un hijo no puede ser sujeto de derecho subjetivo, porque no se puede lesionar por motivos de ninguna índole los derechos fundamentales de otro sujeto, en atención a una frase muy conocida que reza "tus derechos terminan donde empiezan los derechos del otro", todo esto se da en atención a garantiza los derechos del menor antes que el derecho procrear de las personas.

Por otro lado lo que si estaría entrando en controversia es el segundo supuesto que establece la ley el cual sostiene que se puede permitir la maternidad subrogada siempre y cuando la condición de madre gestante y madre genética recaiga sobre la misma persona, lo que hace dejar entrever que dicha figura no está prohibida dentro de nuestro país, haciendo caer en espacios de confusión, ya que se realizará una interpretación literal de dicha norma se evidenciaría claramente que la fecundación homologa sería admisible dentro de nuestro sistema normativo, por lo que solo se estaría conflictuando la fecundación de naturaleza heterologa.

Por todos esos fundamentos en cuestión es que se puede tomar a la ley en mención como una con carácter de ambigüedad, puesto que esta misma regula la figura de la maternidad subrogada pero con ciertos vacíos de clasificación en lo que respecta si se trataría de una altruista o comercial, o si podría darse la situación de ser ambas, pero también cabe considerar y tener en cuenta que para delimitar esta figura se va a tener siempre en preferencia el interés superior del niño que no solo es reconocido por nuestros dispositivos legales nacionales sino también por los sistemas normativos internacionales al cual nuestro país se encuentra adscrito. Se considera dicha ley como ambigua debido a que esta estaría entrando en contradicción con ciertos principios que se encuentran vigentes dentro de nuestro ordenamiento, tal cual como sería el referido a la dignidad humana, puesto que no solo se realizaría actos de atentado en contra del concebido sino también en contra de la madre subrogante, considerándola a esta última como un método moderno de esclavitud por la naturaleza misma de la figura.

1.2.5.2. Presupuestos de Antijuricidad

Es cierto que la figura de la maternidad subrogada está siendo concebida de una perspectiva de “alternativa que llevara esperanza a todas las parejas heterosexuales que no pueden concebir de manera tradicional”, por lo que en esta parte de la investigación de pretender explicar razones por las que no se le puede ni debe considerar como una práctica lícita dentro de nuestro ordenamiento jurídico y en lo que respecta los vacíos legales que presenta deben ser deducidos como prohibición expresa, ya que se considera que el intento de regulación de la misma estaría contraviniendo con el artículo 1° de nuestra Constitución Política, el cual hace referencia a aquella obligación que es inherente al Estado de entender a la persona como un fin supremo dentro de la sociedad y del cual debe velar la defensa de su dignidad.

Así mismo un análisis realizado por Valdiviezo López (2018), el cual señaló cinco razones principales del porque no se debe considerar la maternidad como una práctica lícita dentro de nuestro sistema normativo en las cuales se puso en énfasis en los siguientes motivos:

a. Procedimiento estándar de la figura de maternidad subrogada

Se puede considerar a este procedimiento como uno aquella actividad que no es ajena en nuestro país ni en ningún otro, ya que en algunos países existen mujeres que se dedican a esta práctica como una actividad que les ayude a generar ingresos que le permitan sostener

su familia, sin dejar de lado el fin altruista de esta figura, entonces quedara aclarar a que nos referimos cuando hacemos mención a procedimiento a estándar, el cual no es más que una mujer determinada asuma la gestación de un embrión a favor de otro y a cambio de un determinado pago, donde se incluyen la cobertura de costos que conlleve el embarazo, donde se evidenciaría claramente dos partes, por un lado los interesados en tener descendencia y la mujer que subrogaría su útero. Y en lo que respecta el material genético que llevara el embrión se puede determinar hasta tres tipos:

- ✓ Cuando la pareja contratante aporta todo el material genético (ovulo y espermatozoides)
- ✓ Cuando la madre gestante es quien aporta el material genético (ovulo)
- ✓ El material genético (ovulo) sea aportado por una tercera persona ajena a la relación de las partes y que sea fecundado por el esperma del varón de la pareja contratante.

Otra preocupación que se puede abarcar en este punto es la no existencia de una restricción propiamente dicha que limite la condición de los solicitantes de esta figura, por lo que se le estaría otorgando una libertad para que se habrá paso a un sin número de situaciones al momento de hacer uso de esta figura como seria que puedan ostentar la representación de esta figura a personas solas, parejas homosexuales, transexuales, entre otras; porque lo se podría escapar de las manos del legislador el velar por el interés superior del niño; ya que no estaría existiendo ningún tipo de limite que restrinja el acceso a esta modalidad de procreación lo cual también podría abarcarse bajo la posibilidad de abrir las puertas a un mercado de tráfico de niños, por lo que se pone en evidencia que muy independientemente de poder ser considerada como una solución de fin altruista y simple, se podría estar conllevando a la desnaturalización de tanto figuras como instituciones jurídicas y sociales, en los causales estarían la maternidad, la paternidad y la naturaleza en sí de los contratos, lo cual se busca justificar por un “deseo”, el cual no puede ser considerado como una fuente propia del derecho.

b. La persona debe ser considerada como un fin, no como un medio

El cual encuentra sustento constitucional explícitamente en el artículo 1° de la misma, la cual la cataloga como el fin supremo tanto de la sociedad como del estado y de acuerdo a

esto nuestro ordenamiento jurídico debe apuntar al cumplimiento de este mandato constitucional, por lo que no se puede concebir a la persona como “objeto de contrato” vulnerando la condición de dignidad humana, la misma que se interpreta como aquel atributo que es inherente a la persona humana el cual implica el reconocimiento propio de la misma, y en el cual los niños concebidos bajo la figura de la maternidad subrogada serían exactamente bajo esta modalidad.

c. Instrumentalización de la madre gestante

Se habla de instrumentalización de la madre cuando esta acepta el pago y se somete a una especie de contrato, por lo que queda excreta a disposición de los contratantes y al cumplimiento de determinadas exigencias que estas dispongan, cuando los efectos van a incidir en el propio cuerpo de la mujer gestadora, lo que implica que esta al aceptar las condiciones de dicho acuerdo la coloca como un medio para la obtención de un fin, en este caso el de concebir un niño en favor a los contratantes.

Además que en el seno de esta figura se estaría hablando de una decisión de ceder el vínculo que da inicio a la maternidad en sí acompañado de una renuncia total a sus derechos de filiación con respecto al concebido, y pues es menester plantear la interrogante de ¿Qué pasaría si posterior al acto del parto la madre gestadora se arrepiente y ya no quiere entregar al niño?, es por ello que la instrumentalización de la mujer gestante pasaría por evitar un vínculo fuerte entre el niño y la gestante, que faculte la libre disposición sin que se evidencie secuelas tanto en la gestante como en el niño, claro todo girado en orden de un contrato exaltando la autonomía de la voluntad en el mismo.

d. Prohibición de la fecundación heterónoma en la Ley General de Salud

A raíz del caso muy sonado de los esposos Tovar es que tanto algunos medios de comunicación como juristas señalan la existencia de vacíos legales en cuanto lo que versa técnicas de reproducción asistida, lo que les hace afirmar que no estaría prohibida pues no está regulada ni de manera expresa ni tácita y en orden a un mandato constitucional que

sostiene que “nadie está impedido de hacer lo que la ley no mande, ni lo que esta no prohíbe”; pero por lo que se estaría cayendo en un gravísimo error puesto que, norma de la cuales existe regulación jurídica con respecto a este tema el cual puede ser encontrado en la Ley General de Salud específicamente en su artículo 7°, norma de la cual se puede afirmar lo siguiente:

- ✓ En nuestro país si se admite las técnicas de reproducción asistida.
- ✓ La ley genera exclusión expresamente en la práctica de vientre de alquiler cuando se dé el supuesto de que la madre gestante no haya aportado los óvulos.
- ✓ La norma no contempla que la madre gestante y a la vez biológica renuncie a su hijo y lo entregue en adopción en mérito propio de una contraprestación.

Por lo que se puede considerar que la norma es clara y que se excluye la maternidad subrogada como forma de reproducción asistida lo que conlleva a declarar la ilicitud de su práctica.

e. Delito de trata de personas y otros problemas que podría generar esta practica

Con respecto a este tema nos podemos encontrar en una encrucijada donde tendríamos que analizar la antijuricidad, la falta de regulación, la aceptación social parcial y su amplio contenido de esta figura es que conlleva a indicar a esta figura como la perfecta para facilitar la perpetración de ciertos delitos, tales como:

- ✚ La trata de personas: en el cual estaría involucrado el crimen organizado y se haría más frecuente la explotación de mujeres puesto que se les vería como una mera maquina reproductora, de las cuales se aprovecharían en más de una oportunidad de sus necesidades y de la vulnerabilidad de las parejas que desean tener un hijo, abriendo paso a un mercado

abierto de comercialización de niños gestados dejando de lado la identificación filial de los mismos.

✚ Venta de embriones: delito parecido al anterior ya señalado, pero en este caso específico se trataría de un embrión de personas totalmente ajenas a los contratantes y sin que medie la participación de la mujer gestante, con el fin de satisfacer un deseo determinado.

1.2.6. Supuestos determinantes al Momento de Considerar la Filiación en la Maternidad Subrogada

Con relación al tema en cuestión se puede considerar que lo relacionado con la filiación del niño que sea producto de un contrato de maternidad subrogada y en atención a lo establecido por nuestro código civil vigente es que se encuentra sustentado por el principio “partus sequitur ventrem”, sustentada por el hecho determinante del parto y en atención al principio en mención es que se establece que la madre siempre es cierta. Y es en el orden de esas ideas que específicamente en los casos de maternidad subrogada se considerará como madre a aquella que alumbró al niño. Y es que también según nuestro código civil establece que los únicos supuestos donde se pueda dar la posibilidad de impugnar la maternidad solo se dará en dos casos específicos, los mismos que son:

- a) Por parto supuesto.
- b) Por suplantación del hijo.

Es entonces que la problemática que giraría en torno al tema en mención radica básicamente en la imposibilidad de lograr la filiación del niño producto de esta técnica de reproducción de manera legal puesto que el código civil vigente peruano no contempla dicha posibilidad, y es más bien que este se rige bajo la máxima romana la misma que establece que el parto sigue al vientre, por lo tanto se le considera madre a la mujer que va a ser la responsable de dar a luz al bebe; y es en ese sentido donde se podría cuestionar hacer factible la filiación

dentro del libro de familia la posibilidad de la filiación legal de este tipo de prácticas de reproducción como manera alternativa para lograr y buscar consolidar a la familia, imposibilitada de concebir, para poder fortalecerse dentro de la sociedad y poder alcanzar su fin supremo dentro de la misma.

Consideraciones esbozadas debido a que a pesar de que estas prácticas de subrogación puedan ser o no realizadas al margen de la legalidad es que debido a los principios fundamentales que atienden el derecho de familia en nuestro país es que no se debe considerar como una práctica legal totalmente ajena y que por ende el derecho no debe ser ajeno a dicha situación, y es por ello es que se debe considerar que con el fin de proteger los derechos de los participantes que se vean involucrados en tal situación es que se debe considerar la regulación de la misma a través de normas especiales que le den un tratamiento específico; dentro del mismo que se debe considerar de manera principal la voluntad de los padres y es en torno de la misma que se debe buscar establecer la filiación.

1.2.7. Derecho Comparado

1.2.7.1. México

En México se reconoce en su Constitución específicamente en su artículo 4 el mismo que establece que toda persona de manera libre, responsable e informada tiene el derecho a elegir en relación al número de hijos que desean tener, protegiendo y fomentando el derecho de procreación de sus soberanos, el mismo que protegen por considerarlo uno de carácter fundamental. Es en atención a ese mandato de carácter constitucional es que tanto el Estado de Tabasco y el de Sinaloa, incorporaron esta figura dentro de sus ordenamientos jurídicos de materia civil. Ahora bien, en lo que respecta el Estado de Tabasco, el mismo que se puede considerar como uno de los primeros Estados dentro de México que optó por reconocer a las TERAS como una de las mejores alternativas de solución frente al problema de infertilidad en las mujeres. Ya que en su Código Civil que data del año 1997m realiza una diferencia bien marcada en lo que concierne a la madre gestante, madre subrogada y madre contratante; además, que también especifica que la celebración de contratos en lo que respecta este tipo

de técnicas deberán ser celebrados a título oneroso o gratuito. (PÉREZ & CANTORAL, 2014)

Mientras que, por otro lado, en el Estado de Sinaloa, se evidencia la influencia del Código Civil de Tabasco en la inclusión de una serie de determinados artículos que regulan en temas específicos relacionados con la maternidad subrogada dentro de su Libro de Familia; es en este mismo ordenamiento jurídico donde se reconoce dicha figura como un servicio que debería ser materializado notarialmente para que se pueda establecer de manera precisa los derechos y obligaciones que deberían derivar de este, además de tomar en cuenta características basadas en condiciones físicas, psicológicas y económicas en relación a los sujetos intervinientes. Es así que en virtud de ello se establece dentro de este mismo ordenamiento que desde el momento de la implantación del embrión, el menor en cuestión ya es considerado como hijo de la pareja comitente (pareja contratante de la subrogación), por lo que se le debe poner en conocimiento de tal condición de la nueva relación paterno-filial a la Secretaria de Salud y al Oficial del Registro Civil. Es en este orden de ideas que según Martínez (2017), sostiene que existen una variedad de modalidades en relación a la maternidad subrogada, en las cuales menciona las siguientes:

- **SUBROGACIÓN TOTAL;** esta figura se relaciona con el hecho de que la mujer que será la gestante será inseminada con sus propios óvulos y que una vez producido tanto la gestación como el parto se entregará al niño a la pareja que se acoge a la figura de contratante.
- **SUBROGACIÓN PARCIAL;** esta figura se relaciona con el hecho de que la madre subrogada sobre la cual caerá la acción de gestación va a portar en su vientre un embrión que fue fecundado de manera artificial y que se le será trasplantado, pero que el material genético (ovulo y espermatozoide) pertenecerán a la pareja contratante.
- **SUBROGACIÓN ALTRUISTA;** esta figura se dará cuando una determinada mujer acepta gestar a favor de otra un niño, acto que lo realizará de manera gratuita.

- **SUBROGACIÓN ONEROSA;** este tipo de subrogación se dará cuando una determinada mujer aceptara embarazarse a favor de otra (contratación de un servicio), por la que se pagará una determinada cantidad de dinero más los gastos en los que se incurra en el periodo de gestación.

Por otro lado, en la legislación de Querétaro, se da un caso contrario ya que su ordenamiento civil desconoce la figura de la maternidad subrogada como tal pero que hacia posible la adopción de embriones; misma condición se da en el Estado de Coahuila donde en su código civil específicamente en su artículo 491 sostiene que no concibe la existencia de un contrato relacionado a la maternidad subrogada pero en el mismo ordenamiento jurídico en su artículo 482 especifica un determinado permiso para poder emplear cualquier técnica que permita favorecer la procreación alejada de los métodos o procesos naturales.

Dada esta situación , que regula y permite legalmente las técnicas de maternidad subrogada es que por un lado se empezó a ser practicada de manera indiscriminada y abusiva, llegando a la explotación de mujeres en aprovechamiento de sus condiciones de precariedad económica, por lo que exactamente en el año 2016 se tuvo que reformar la ley que reconocía a nivel nacional el uso de esta técnica de reproducción, donde se estableció que el uso de la misma se realizara sin animo lucrativo donde la pareja comitente deberá ser un hombre y una mujer heterosexual y que solo se deberá acudir a dicha técnica bajo indicación médica; caso contrario será declarado nulo dicho acuerdo ya que no se estará ajustando a lo prescrito por la ley.

1.2.7.2. Estados Unidos

Al hablar de este país podemos darnos cuenta que en lo que concierne su legislación relacionada al tema de la subrogación, estaríamos frente a una del tipo heterogéneo, pero todo ello va a depender del Estado en el que se pueda llevar a cabo tanto el contrato como el proceso de gestación, y es esto que conlleva a que se establezcan tres posiciones en torno a esta teoría, las mismas que son:

- **PRIMERA:** en esta posición encontramos a aquellos Estados que prohíben este tipo de prácticas de manera expresa por medio de su legislación, las cuales las tipifican como un delito del tipo penal; situación que se evidencia en los Estados de Arizona, Michigan y Nueva York; acarreando una multa como sanción o en el peor de los casos es castigado con pena privativa de libertad para las partes intervinientes (padres de intención y/o intermediarios); mientras que para los Estados de Indiana, Luisiana y Nebraska, este tipo de contratos es considerado nulo, por lo que se le atribuye la figura de madre legal a aquella que fue la gestante.

- **SEGUNDO:** en relación con esta posición podemos colocar a aquellos estados conocidos bajo el nombre de “Surrogacy-Friendly”, en los cuales no se evidencia ley alguna que regule con relación a la maternidad subrogada, más bien esto les corresponde a los tribunales quienes están facultados para decidir de manera favorable la atribución de dicha paternidad a favor de los padres comitentes, siempre y cuando no haya mediado la contraprestación, como serian en los casos de los Estados de Alaska, Colorado, Georgia, Nueva Jersey, Connecticut, Wyoming, Idaho, Rhode, Island, Carolina del Norte, Oregón, Minnesota, Dakota del Norte, entre otros.

- **TERCERO:** en esta posición encontramos a aquellos Estados donde se permite de manera legal el uso y aplicación de la técnica de maternidad subrogada, como una técnica de reproducción humana asistida, pero que a pesar de ello no se encuentra plasmada de forma homogénea, lo que conlleva a que se desarrollen dos posturas totalmente diferentes; ya que por un lado se puede contemplar a determinados Estados que lo permiten legalmente pero con ciertas limitaciones, la misma que radica en que uno de los padres comitentes sea quien haga el aporte del gameto, tales son los casos de los Estados de Tennessee, Vermont y Utah; mientras que por otro lado, como otra cara de la misma moneda, están aquellos Estados donde se les permite el acceso de este tipo de Técnicas de Reproducción Humana Asistida a todo tipo de familias, tanto como aquellas conformadas por parejas homosexuales, monoparentales, o heterosexuales, donde se pueden dar los casos de que estos aporten o no el material genético, situación que se da en los Estados de Arkansas, Delaware, Florida, Illinois, Nevada, New Hampshire y California.

1.2.7.3. España

En el caso de España, según lo prescrito por el artículo 10° de la Ley 14/2006, la misma que regula sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la cual declara nulo cualquier contrato mediante el cual se convenga la gestación, de una mujer determinada a favor de un tercero, ya sea altruista o comercial. Es entonces en este orden de ideas que en dicho país se establece que la filiación va a quedar determinada por el parto sin importar la existencia de que haya o no un vínculo genético entre la madre gestante y el niño, o en otro de los casos será determinado por adopción, es así que según lo establecido por el artículo 108° del Código Vigente es que lo mencionado anteriormente tiene sustento jurídico.

Es también que dentro de este mismo país según el artículo 221:1 del Código Penal vigente de dicho país que lo tipifica como delito susceptible a ser sancionado, ya que este mismo artículo establece que cuando se de este tipo de contratos donde exista una compensación económica por la entrega de un niño a otra persona donde no se dé la concurrencia de una relación determinada por filiación o algún tipo de parentesco que se pueda establecer mediante los procedimientos legales, como el caso de adopción, serán reprimidos con una pena no menor de un año ni mayor de cinco años más la inhabilitación para ejercer los derechos de patria potestad, tutela, curatela por el tiempo mínimo de cuatro años y máximo de diez años; así mismo serán sancionadas las personas que actúen como intermediarios o cuando dichos actos sean realizados en países extranjeros. Es entonces que se puede considerar que en dicho país llevar a cabo la celebración de un contrato de maternidad subrogada es considerado como un ilícito penal, el hecho de que se dé la entrega de un niño recién nacido por parte de la madre que lleve a cabo la gestación, sea o no la madre biológica, por lo que se le sanciona con la pena privativa de libertad antes mencionada más la imposibilidad de poder ejercer la patria potestad bajo los supuestos establecidos por la ley penal, sanción que será atribuida para los padres comitentes; además que también se sancionara a las clínicas que se dediquen a realizar dichas prácticas, reafirmando la nulidad de estos tipos de contratos celebrados en torno a temas de maternidad subrogada.

1.2.7.4. Colombia

Dentro de este país se evidencia que el tema que concierne a los contratos de Maternidad Subrogada no se encuentra regulada dentro de los cuerpos normativos colombianos, pero se evidencia cierta regulación establecida como criterio vinculante contenida en la sentencia T-968/09, de la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, mediante la cual se permitió este tipo de prácticas siempre y cuando se encuentren sujetas a determinadas condiciones, ya que se establece que al no estar prohibida puede ser permitida la realización de dichos contratos sobre temas relacionados a la Maternidad Subrogada, además de cierta afirmación legal que sostiene que tanto los hijos que estén dentro del matrimonio o fuera de él, ya sean adoptados o procreados de manera natural o como por medio de intervención científica ostentan los mismos derechos, esta permisión es una de rango Constitucional que se puede encontrar de manera expresa en el artículo 42.6 de la Carta Magna del País en mención.

Es entonces que mediante esta sentencia, la misma que resolvió en atención al interés superior del niño, además que a través de la misma se estableció aquellos requisitos mínimos que deben ser considerados para la validez de los contratos de maternidad subrogada ya que establece que este tipo de contratos son admitidos por los ordenamientos jurídicos colombianos puesto que cumplen los requisitos exigidos en el artículo 1602 del Código Civil Vigente de dicho país, los cuales son: el consentimiento libre, la capacidad, el objeto lícito, la causa lícita. Los requisitos mínimos que establece esta sentencia como requisitos para la validez de dichos contratos en torno a la maternidad subrogada, las cuales son:

- Problemas fisiológicos de la mujer para concebir.
- Que los gametos no sean aportados por la madre gestante. (portadora)
- No sé de la existencia de un móvil lucrativo por parte de la mujer gestante.

- Que la mujer gestante sea mayor de edad, tenga salud psicofísica, ya haya tenido hijos, entre otros.
- Que la mujer gestante tenga la disposición de sometimiento a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo.
- Preservación de la identidad de las partes.
- Que la mujer gestante que firme dicho acuerdo no pueda retractarse de la entrega del menor.
- Que no se dé el rechazo del menor bajo ninguna circunstancia por parte de los padres biológicos.
- Posibilidad de la interrupción del embarazo únicamente por prescripción médica.

Es entonces que se puede evidenciar que por medio de dicha sentencia se reconoce y establece la filiación del menor en favor de los padres de intención, los mismos que serán los padres biológicos; y es que es entonces que se sostiene que se dará la filiación por medio de un proceso parecido al de la figura de adopción, ya que al suceder el nacimiento del niño automáticamente la filiación quedará establecida a favor de la madre que llevo el proceso de gestación, pero que se dará la posibilidad de la solicitud de adopción por parte de los padres biológicos.

1.3. Formulación del Problema

¿Es necesaria la incorporación legal de la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú?

1.4. Justificación del Estudio

La presente investigación se encuentra justificada en la necesidad de pretender formular una posible solución al vacío legal que enfrenta nuestro código civil específicamente en lo que respecta su libro de familia y el reconocimiento y protección que se le puede brindar a la filiación patria potestad resultado de una concepción bajo la figura de la maternidad subrogada, la cual no tiene reconocimiento expreso en nuestra legislación nacional, el cual suscita conflictos en cuanto lo que respecta el derecho a la procreación inherentes a las familias, las cuales el Estado debe proteger, puesto que estas son consideradas como el núcleo básico de la sociedad misma; además de considerar una contravención contra el “principio constitucional de interpretación dinámica” el cual sostiene que las normas que protejan a la familia en si deben adaptarse a una realidad que se encuentra en un cambio constante, y no debe considerarse como un tema aislado el problema de la infertilidad tanto en hombres como en mujeres, el cual frustra el deseo del individuo de formar una familia donde pueda tener la oportunidad de dejar descendencia y además de poder alcanzar el paradigma impuesto por la sociedad misma que es el de constituir una familia, por lo que se considera la necesidad de otorgar un reconocimiento legal a la figura de la maternidad subrogada dentro de nuestro sistema normativo debido a que esto contribuirá de alguna manera a que se fortalezcan las parejas heterosexuales que decidan conformar una familia y ejerzan su derecho de procrear cuando por limitaciones fisiológicas se encuentran impedidos de hacerlo, y así es que de esa manera también se estaría logrando la consolidación de las familias como tales dentro de nuestra sociedad, ya que el tratamiento que se le debe dar a la posibilidad de su incorporación legal de la figura de maternidad subrogada debe entenderse en un campo de ciertas condiciones bien delimitadas que la configuren y la conviertan en una figura legal especial y que no se suscite con confusiones pues se buscaría incluir parte de algunas ramas del derecho tanto en materia civil, como penal y administrativa las cuales delimitarían los campos de acción y los requisitos necesarios para acogerse al uso legal de esta figura y la protección de la misma puesto que es menester considerarla bajo ciertos requisitos indispensables para buscar no contravenir con las fuentes de derecho propio como sería la costumbre y la doctrina.

1.5. Objetivos de la Investigación

1.5.1. Objetivo General

Determinar la necesidad de incorporar legalmente la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú.

1.5.2. Objetivos Específicos

- Identificar el vacío legal que enfrenta el Derecho de Familia frente a la figura de maternidad subrogada en el Perú.

- Analizar la necesidad de la incorporación legal de la figura de maternidad subrogada para garantizar el derecho a la familia.

- Buscar brindar protección a los sujetos de derecho intervinientes ante la figura de maternidad subrogada.

II. MÉTODO

2.1. Diseño de la Investigación

2.1.1. Tipo de Investigación

El trabajo de investigación fue realizado bajo el marco de un tipo de investigación cualitativa porque se pretendió analizar la necesidad de buscar la incorporación de la maternidad subrogada para lograr la consolidación de la institución familiar, partiendo de un hecho social que se enmarca en los vacíos legales que enfrenta nuestra legislación civil específicamente dentro de su libro de familia con relación al tema de la maternidad

subrogada como una alternativa de solución frente a los problemas de infertilidad en las mujeres peruanas.

2.1.2. Objeto de Estudio

2.1.3. Para el desarrollo de la investigación se usó el análisis de la doctrina tanto nacional como extranjera mediante la cual se pretendió observar las distintas posturas que existen en relación al tema de investigación, como lo es el tema de la maternidad subrogada como una alternativa de solución frente a la infertilidad de la mujer peruana y poder así logra mediante de la misma consolidar a la familia como institución dentro de la sociedad, por el cual también se hizo uso del análisis del derecho comparado, la jurisprudencia nacional y las encuestas, las mismas que fueron realizadas a profesionales relacionados con la materia y directamente a las afectadas por problemas de infertilidad en nuestro país, con la finalidad de conocer su opinión del tema en mención.

2.2. Métodos de Muestreo

2.2.1. Población y Muestra

2.2.1.1. Población

La población estuvo conformada por jueces especializados en familia, médicos de la especialidad de ginecología y mujeres que ostentan la condición de infertilidad.

2.2.1.2. Muestra

Para la aplicación de las entrevistas se tomó como muestra a los siguientes sujetos intervinientes: Un juez especializado en familia.

- Un médico de la especialidad de ginecología.
- Una mujer que ostenta la condición de infertilidad.

2.2.2. Métodos y Técnicas

2.2.2.1. Métodos

2.2.2.1.1. Documental – Bibliográfico

Para la presente investigación se realizó mediante el análisis de fuentes doctrinarias y jurisprudenciales que buscaban reproducir tanto el pensamiento humano como el de las leyes y normas existentes.

2.2.2.2. Técnicas

2.2.2.2.1. Técnica de Estudio de Casos

Durante la investigación se realizó la recopilación documental sobre datos ya existentes, los cuales fueron extraídos de jurisprudencias en temas de regulación de maternidad subrogada.

2.2.2.2.2. Técnica de Entrevista

En el presente trabajo de investigación se hizo uso de tres guías de entrevistas distintas, debidamente validadas, para la recolección de datos, las mismas que fueron aplicadas de manera individual a los sujetos intervinientes que participaron como muestra de la investigación.

2.2.2.2.3. Observación

En el desarrollo de la investigación se usó la observación en relación a los distintos hechos que se mencionaron en la descripción de la realidad problemática, el mismo que fue plasmado en el trabajo de investigación.

2.2.2.2.4. Fichaje:

También se hizo uso de esta técnica con la finalidad de poder recolectar los datos doctrinarios y jurisprudenciales, por lo que se usó las fichas para poder de esa manera llevar a cabo el registro de libros, tesis, revistas, páginas web, entre otras.

2.2.2.2.5. Análisis de Contenido

En el presente trabajo se hizo uso de un diseño de investigación dogmático, ya que este tipo de investigación consistió específicamente en realizar el análisis de la información escrita con la finalidad de poder delimitar relaciones y enmarcar las diferentes posturas que versen sobre el conocimiento con relación al tema que fue objeto de estudio.

2.3. Rigor Científico

En lo que respecta el desarrollo de la presente investigación y lo que sería las limitaciones que esta enfrentaría sería la condición de “fenómeno nuevo” atribuido a la figura de maternidad subrogada que es un tema que se desarrolla bajo los límites no permitidos por la ley ni la autoridad, ya que no quiere decir que sea un fenómeno nuevo sino uno que en estos

últimos tiempos está siendo el centro de innumerables comentarios tanto a favor como en contra de la misma, debido a la existencia de varias concepciones en las cuales se puede evidenciar y mencionar las religiosas, las sociales, las morales, entre otras; las cuales no hacen más que considerar a la figura de la maternidad subrogada desde distintas aristas desde una que la concibe como una alternativa a la infertilidad en familias conformadas, hasta una que la puede llegar a concebir como una vulneración de los derechos fundamentales propios de la persona como tal en su condición de sujeto y titular de derechos, además de encontrarnos en una sociedad basada en paradigmas bien establecidos y delimitados que van a rechazar cualquier forma de procreación que no sea la tradicional, y condenar las conductas que favorezcan este tipo de concepción. Además de tener un sistema legal débil y deficiente que no va a buscar anidar nuevas formas de legislación debido a la influencia de las corrientes jurídicas internacionales y porque existe cierto ímpetu religioso que domina nuestro sistema normativo. Otra de las limitaciones que estaría enfrentando el tema de investigación propuesto es la falta de casos jurisprudenciales que comenten dicho caso en cuestión debido a que los casos suscitados son pocos y en algunas situaciones un tanto deficientes.

Es así entonces que la presente investigación se podría considerar viable debido a que no se puede concebir bajo costos altísimos en cuanto a su costo-beneficio, pero que a la larga podría resultar muy beneficioso para nuestra sociedad puesto que se estaría brindando una herramienta útil que permita la concepción de las familias calificadas bajo la premisa de “esterilidad familiar”, además de contribuir con el Estado en uno de sus deberes como lo es el de promoción y consolidación de la familia como institución base de la sociedad, donde se podría afirmar el lema de “ganamos todos” , gana el Estado y ganan las parejas heterosexuales que tienen problemas fisiológicos para generar descendencia, además que con la presente investigación se podría dar una pronta solución al vacío legal que enfrenta la maternidad subrogada dentro de nuestro ordenamiento jurídico y la desprotección que existe en cuanto respecta la filiación patria potestad de los concebidos bajo esta figura en cuestión.

2.4. Análisis Cualitativo de los Datos

CUADRO N° 01: ENTREVISTA REALIZADA A LA MUJER INFERTIL

1. ¿Cómo se sintió cuando se enteró de su condición de infertilidad	
R: me sentí muy triste, me quería morir de la tristeza al no poder ser madre y esa era la ilusión de mi vida.	Sentimiento de tristeza por no poder ser madre. Su ilusión era ser madre.
2. ¿Considera usted que su infertilidad frustró sus sueños de formar una familia?	
R: si, porque todo se derrumba mi esposo se sintió mal que yo no podía tener hijos, ya era algo que no le puedo explicar, es una pena muy grande.	Sus sueños se derrumbaron. Su esposo se sintió mal. Sentía una pena muy grande.
3. ¿Recibió usted el apoyo por parte de sus familiares o pareja cuando se enteró de su condición de infertilidad?	
R: en un primer momento si, pero después ya como que fue cambiando el	En un primer momento se sintió apoyada

<p>hombre ya se sentía mal porque tenía cólera por mí, que no podía ser madre y él no podía ser padre por mi culpa, no.</p>	<p>Su pareja experimentaba sentimientos de cólera al no poder tener hijos.</p>
<p align="center">4. ¿Conoce usted o ha escuchado hablar de algún método de reproducción asistida para lograr un embarazo?</p>	
<p>R: si, ósea de que puede implantarse el ovulo también el espermatozoide, pero es una cosa muy costosa que yo no podía pagar eso.</p>	<p>Conocía la técnica de fertilización in vitro.</p> <p>Es una técnica muy costosa.</p>
<p align="center">5. Si usted recurriría a la técnica de la maternidad subrogada para lograr ser madre ¿consideraría la necesidad de una protección jurídica para lograr su filiación?</p>	
<p>R: claro, si porque nos ayudaría a muchas personas que no podemos tener hijos, además que así las cosas podrían salir bien para que la madre que llevaría a mi hijo en su vientre no quiera quitármelo después o negarse a entregármelo.</p>	<p>Ayudaría a muchas personas que no pueden concebir.</p> <p>Evitaría los arrepentimientos de la madre gestante.</p>

CUADRO N° 02: ENTREVISTA REALIZADA AL JUEZ ESPECIALIZADO EN FAMILIA

<p>1. ¿Qué opina usted de la posibilidad de la incorporación de la figura de la maternidad subrogada en nuestro sistema normativo?</p>	
<p>R: es importante la incorporación de la figura de la maternidad subrogada por cuanto va a ayudar a consolidar mejor a la familia como institución fundamental del Estado.</p>	<p>Es importante porque contribuirá a consolidar a la familia como institución.</p>
<p>2. ¿Considera que el reconocimiento de la figura de la maternidad subrogada contribuiría a fortalecer a la familia como institución en nuestra sociedad?</p>	
<p>R: claro en el mismo sentido de lo respondido anteriormente va a contribuir a consolidar a la familia que es una institución tutelar del Estado y que está amparado por nuestra Constitución Política.</p>	<p>Contribuirá a consolidar a la familia. La familia es una institución tutelar del Estado amparada por nuestra Constitución.</p>
<p>3. ¿Qué opina usted sobre el vacío legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a la maternidad subrogada?</p>	
<p>R: el tema de la maternidad subrogada es un tema moderno y actualmente existe un vacío legal no, que los legisladores deben</p>	<p>La maternidad subrogada es un tema moderno.</p>

<p>integrar ese vacío llamando a todas las partes involucradas en el tema que aporten para formular normas que amparen este derecho de la maternidad subrogada.</p>	<p>Existen vacíos legales en torno a la maternidad subrogada.</p> <p>Los legisladores deben integrar ese vacío con protección a los sujetos participantes.</p>
<p>4. ¿Considera usted la necesidad de una regulación normativa con respecto a la maternidad subrogada para garantizar la protección de las partes intervinientes? (madre gestadora, padres y niño)</p>	
<p>R: si por supuesto es necesario es un tema actual que necesita la regulación normativa en bien de las personas, de las familias ya que estas mismas son el pilar fundamental de la sociedad.</p>	<p>Necesidad de una regulación normativa en bien de las familias.</p> <p>La familia es el pilar fundamental de la sociedad.</p>
<p>5. ¿Considera que sería necesaria la incorporación normativa de la maternidad subrogada para asegurar el mejor derecho de filiación con respecto a los derechos del niño?</p>	
<p>R: claro, es necesario para que la nueva persona que este por nacer bajo esta figura cuente con todos los derechos que reconoce la ley en favor de las personas, atendiendo al principio del interés superior del niño, ya que este es un principio fundamental que se debe tener</p>	<p>Necesario para el reconocimiento de sus derechos.</p> <p>Se debe dar su regulación en atención al principio del interés superior del niño.</p>

<p>en cuenta al momento de regular esta figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico.</p>	
---	--

CUADRO N° 03: ENTREVISTA REALIZADA AL MÉDICO DE LA ESPECIALIDAD DE GINECOLOGÍA

<p>1. ¿Cuál sería su opinión profesional con respecto a la maternidad subrogada?</p>	
<p>R: creo que es una alternativa más para, que puede ser válida para lograr que una pareja puedan ser padres, cuando digo que para algunas parejas es porque va a depender mucho de la parte ética religiosa del enfoque que le den las personas involucradas es decir la que va a dar el vientre y las que van a beneficiarse con el nuevo ser.</p>	<p>Es una alternativa más de procreación. Dependerá mucho de enfoques éticos y religiosos.</p>
<p>2. ¿Considera usted que la aplicación de técnicas de reproducción asistida, específicamente lo que concierne con la maternidad subrogada necesita un respaldo normativo en nuestro país?</p>	
<p>R: por supuesto, porque hay cambios de opinión, aunque es un poco difícil, pero para eso están los expertos los abogados los que saben de leyes porque muchas veces estamos hablando de una persona que presenta la oportunidad de dar el</p>	<p>Existencia de cambios de opinión. Arrepentimiento de la madre subrogada al momento de entregar al bebe.</p>

<p>vientre luego se arrepiente y ya no quiere entregar al bebe, entonces esas cosas hasta qué punto es permitido que la persona se arrepienta o no se arrepienta es que los expertos en derecho deben definir</p>	
<p>3. ¿Cree usted que se podría considerar a la maternidad subrogada como un proceso de reproducción humana asistida idónea para la procreación en casos de infertilidad?</p>	
<p>R: si, por supuesto que si</p>	<p>Procedimiento idóneo para la procreación en casos de infertilidad.</p>
<p>4. ¿Piensa que la maternidad subrogada vulnera de alguna manera los procesos de reproducción tradicional?</p>	
<p>R: no, porque es libertad de cada uno decidir si va a tener hijos en forma natural o en forma incluso, hay personas que tienen capacidad de poder reproducirse y deciden por ejemplo adoptar un bebe no están haciendo uso de su fertilidad natural, esta sería una alternativa más.</p>	<p>Libertad de decisión. La maternidad subrogada sería una alternativa más de reproducción.</p>

5. En su experiencia profesional, ¿Qué es lo que usted opina al respecto de las mujeres que recurren al uso de la maternidad subrogada como una alternativa para formar una familia?

R: que están haciendo uso de algo nuevo todavía dentro del marco legal y bueno tienen que aventurarse a la ausencia de leyes bien específicas y completas sobre este aspecto, pero al final podrían lograr obtener la felicidad de obtener un bebe.

Método nuevo dentro del marco legal.

Contribuiría a la felicidad de poder concebir un bebe y ser padres.

2.5. Aspectos Éticos

En el presente trabajo de investigación, ponemos en realce que en todo momento se está respetando la confiabilidad de los datos aquí presentados los mismos que fueron obtenidos de la unidad objeto de estudio, además que de que la única finalidad que nos reúne en estas líneas es la de informar todo lo concerniente al objeto de estudio en cuestión; por lo que por respeto de las identidades y derechos de los participantes es que no se revelara la identidad de las personas encuestadas y es que únicamente consignaremos los datos obtenidos previo consentimiento de los informantes de la presente investigación.

III. RESULTADOS

3.1. Análisis de las Entrevistas Aplicadas

3.1.1. Entrevista realizada a la mujer infértil

FAMILIA	CATEGORÍA
<p>ASPECTOS POSITIVOS:</p> <ul style="list-style-type: none">• La ilusión de ser madre.• Sentimientos de apoyo.• Conocimiento de la fertilización in vitro.• La maternidad subrogada como alternativa de concepción.• La regulación jurídica de la maternidad subrogada regulará las condiciones mínimas (evitará arrepentimientos por parte de la madre gestante)	<p>R1: ilusión de ser madre</p> <p>R3: se sintió apoyada.</p> <p>R4: conocimiento de la fertilización in vitro.</p> <p>R5: la maternidad subrogada ayudaría a muchas personas que no pueden concebir.</p> <p>R5: la regulación jurídica de la maternidad subrogada evitaría arrepentimientos de la madre gestante.</p>
<p>ASPECTOS NEGATIVOS:</p> <ul style="list-style-type: none">• Sentimientos de tristeza y pena al no poder concebir.• Sentimientos de ira por parte de la pareja de la mujer infértil.• Otro tipo de TERAS resultan muy costosos.	<p>R1 y R2: sentimiento de tristeza y pena por no poder ser madre.</p> <p>R2 y R3: su esposo se sintió mal y sentía cólera.</p> <p>R4: la fertilización in vitro es una técnica costosa.</p>

INTERPRETACIÓN: según los datos recolectados de la aplicación de una entrevista a una mujer que ostenta la condición de infertilidad pudimos recabar que la mayoría de las personas (hombre/mujer), se unen conformando una familia con la ilusión de poder llegar a ser padres, ilusión que muchas veces es frustrada por que en el proceso de ello se dan cuenta que la mujer es infértil o padece de alguna característica peculiar que la impide concebir, lo que genera que experimenten sentimientos de pena y frustración al no poder cumplir su sueño y que muchas veces su pareja manifiesta sentimientos de ira y/o cólera que hace que culpe a la mujer de no poderle dar un hijo; además que hubo manifiesto por parte de la entrevistada que esta condición les hizo conocer otras técnicas de fertilización asistida (fecundación in vitro) pero que por los escasos recursos que ostentaban les era imposible realizarla como alternativa de solución debido a que representa una técnica muy costosa. Asimismo al momento de comentarle sobre la maternidad subrogada como una alternativa de concepción ella manifestó que si se le diera la posibilidad de usarla como una alternativa de solución para que pueda concebir si la usaría, además de que manifestó que esta técnica también debería ser pasible de una regulación jurídica que proteja a los padres de intención en casos de que la mujer gestadora se llegue a arrepentir de entregar al niño y se ponga en peligro tanto los derechos básicos del bebe como el de los demás sujetos intervinientes.

3.1.2. Entrevista realizada al Juez Especializado en Familia

FAMILIA	CATEGORÍA
<p>ASPECTOS POSITIVOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Contribuir a consolidar a la familia como institución. • Protección a los sujetos intervinientes. • Protección del niño mediante la normatividad vigente. 	<p>R1-R2-R4: la maternidad subrogada contribuirá a consolidar a la familia como institución.</p> <p>R3-R5: el vacío de la maternidad subrogada debe integrarse mediante la protección a los sujetos participantes y en atención al principio del interés superior del niño.</p>

<p>ASPECTOS NEGATIVOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Existencia de vacíos legales. 	<p>R3: existencia de vacíos legales en torno a la maternidad subrogada</p>
---	--

INTERPRETACIÓN: según los datos recolectados de la entrevista aplicada a un juez de la especialidad de familia pudimos recabar que considera a la maternidad subrogada como una posible alternativa frente a casos de infertilidad y que en el orden de que existen vacíos legales dentro de nuestras legislaciones, ya que dicha figura no es prohibida ni permitida, se debe buscar su regulación ya que la misma va a contribuir a consolidar a la familia como institución dentro de la sociedad y que en atención a ello la regulación debe atender en buscar la protección de los sujetos intervinientes dentro de este tipo de acuerdos y además de que debe primar el principio de interés del niño como parte importante a considerar al momento de regular dicha figura, puesto que los menores deben ser protegidos por el Estado de manera irrestrictiva.

3.1.3. Entrevista realizada al médico de la especialidad de ginecología

FAMILIA	CATEGORÍA
<p>ASPECTOS POSITIVOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Alternativa de procreación. • Procedimiento idóneo de procreación en casos de infertilidad. • Libertad de decisión. • Contribuirá a la felicidad de los padres de intención. 	<p>R1: es una alternativa más de procreación.</p> <p>R3: procedimiento idóneo para la procreación en casos de infertilidad.</p> <p>R4: libertad de decisión y alternativa de reproducción</p> <p>R5: método nuevo dentro del marco legal.</p> <p>R5: contribuirá a la felicidad de poder concebir un bebe y ser padres.</p>

<p>ASPECTOS NEGATIVOS:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Concepciones éticas y religiosas. • Cambios de opinión social. • Arrepentimiento de la madre al momento de entregar al bebe. 	<p>R1: dependerá de enfoques éticos y religiosos.</p> <p>R2: existencia de cambios de opinión.</p> <p>R2: arrepentimiento de la madre subrogada al momento de entregar al bebe.</p>
--	---

INTERPRETACIÓN: según los datos recolectados de la entrevista aplicada a un médico de la especialidad de ginecología pudimos recabar que este manifiesta que se puede considerar a la maternidad subrogada como un procedimiento idóneo de fertilización frente a los casos de infertilidad ya que contribuirá a la felicidad de los padres de intención, pero que la necesidad de su regulación enfrentaría muchos problemas debido a concepciones éticas y religiosas dentro de los cambios de opinión social que puedan ser esbozados, pero que a pesar de ello se debe hacer un llamado a los especialistas en la materia a tratar de buscar su regulación ya que se la puede concebir como una alternativa más de procreación y que su realización o puesta en práctica necesita una base legal para evitar se pueda incurrir en otro tipo de delitos o se pueda evitar el arrepentimiento de la madre gestadora poniendo en peligro el bienestar tanto físico como psíquico del niño.

3.2. Análisis de Casos Jurisprudenciales (sentencias)

3.2.1. Cuadro N° 01

FICHA DE INFORMACIÓN DE CASO	
UBICACIÓN:	Corte Superior de Justicia de Lima – Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.
EXPEDIENTE:	06374-2016-0-1801-JR-CI-05

JUEZ:	Hugo Velásquez Zavaleta
SECRETARIO:	Raúl Taype Salazar
DEMANDANTE:	Francisco David Nieves Reyes y Otros
DEMANDADO:	Reniec
MATERIA:	Proceso de Amparo
PETITORIO:	
<p>Se otorgue protección a los derechos de identidad de los menores, se deje sin efecto la resolución registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC de fecha 29 de febrero del 2016 que declara improcedente la rectificación de las actas de nacimiento de los menores donde se solicita que se reconozca como padre de los menores al señor Francisco David Nieves Reyes y como madre a la señora Aurora Nancy Ballesteros.</p>	
HECHOS:	
<p>Los señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 y es que ante la reitera imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora de Ballesteros decidieron recurrir a la técnica del útero subrogado, por</p>	

lo que mediante de la fecundación in vitro con el ovulo de una donante anónima y con pleno consentimiento de los señores Lázaro-Rojas se procedió a realizar la transferencia de los dos únicos embriones fecundados al útero de la señora Rojas, por lo que ambas partes suscribieron un acuerdo privado de útero subrogado, plasmando la manifestación de sus voluntades. Los niños nacieron el 19 de noviembre del año 2015, los mismos fueron consignados como hijos de la señora Rojas, por ser ella quien los alumbró y como padre al señor Nieves debido a que se aceptó la declaración de la señora Rojas. Posteriormente se comenzaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento en donde solicitaba que se declare el reconocimiento del señor Nieves como padre y se rectifique dicha acta reconociendo como madre a la señora Ballesteros, la mismas que fueron declaradas improcedentes por la Reniec. La demanda se fundamentó jurídicamente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño.

FALLO:

Se procedió a declarar fundada la demanda de amparo por lo que se declaró nulas dichas resoluciones registrales emitidas por la Reniec ordenando que se anulen las actas de nacimiento y se ordenó a Reniec que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores donde se les reconozca como padres a los señores Nieves-Ballesteros, suscribiendo de esa forma nuevas actas de nacimiento; mandato que debió ser cumplido en 02 días bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan. Así mismo la parte demandada pague los costos.

COMENTARIO: mediante la presente sentencia podemos darnos cuenta que un contrato de vientre subrogado no es una práctica ajena, solo una que necesita regulación jurídica, ya que mediante la misma se puede poner en manifiesta la importancia de proteger a los niños producto de estas técnicas de reproducción asistida ya que de lo contrario se podría estar generando una afectación a su derecho de identidad ya que se crearía una confusión sobre lo que respecta a quien le corresponde la filiación legal y a quien la filiación biológica, ya que no existe una normativa legal que parametre dichas situaciones por lo que se podría incurrir en otros tipos de supuestos que podrían generar una afectación ya sea directa o indirecta a las partes intervinientes de dichos acuerdos y sobre todo que como se puede evidenciar dicha práctica no estaría más que cumpliendo la función de fortalecer como familia a la pareja de esposos que tras varios intentos de procreación no pudieron concretar sus deseos tener descendencia.

3.2.2. Cuadro N° 02

FICHA DE INFORMACIÓN DE CASO	
UBICACIÓN:	Corte Suprema de Justicia de la Republica – Sala Civil Permanente
EXPEDIENTE:	CAS. N° 563-2011/LIMA
DEMANDANTE:	Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone
DEMANDADA:	Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paul Frank Palomino Cordero
MATERIA:	Recurso de Casación
HECHOS:	
Los demandados y demandantes por mutuo acuerdo decidieron que la señora Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de reproducción humana asistida, donde se realizara la fecundación in vitro y el cigoto sería implantado en el útero de la señora Castro, con la finalidad de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para luego ser entregada a los demandantes, lo cual fue concretado; la menor fue entregada a los pre	

adoptantes demandantes con tan solo cuando ella contaba con nueve días de nacida. La menor se encuentra bajo cuidados de los demandantes desde el cuatro de enero del dos mil siete de manera interrumpida hasta la actualidad; es entonces que los demandados después de haber realizado la entrega de la menor es que ponen en manifiesto su desconformidad con el proceso de adopción que ya se había iniciado. De igual manera quedo demostrado que los demandados cuentan con informes psicológicos y sociales desfavorables ya que ellos manifiestan que existió la voluntad de entregar a la niña desde un primer momento a cambio de un apoyo económico para que estos puedan viajar junto a sus dos hijos, los cuales reconocen, a Italia; a diferencia de los demandantes quienes cuentan con informes psicológico y social favorables, acreditando de esa manera que son las personas más adecuadas para hacerse cargo de la niña, además que esta los reconoce como padres.

DECISIÓN:

Se declaró infundado el recurso de casación interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz y en consecuencia no casaron la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos que declaro fundada la demanda.

COMENTARIO: según la sentencia casatoria analizada podemos darnos cuenta de la necesidad de regulación que enfrenta la maternidad subrogada como una alternativa de solución para concebir a un niño, dicha regulación se debería fundamentar en la necesidad de que en los casos que no se permita reconocer legalmente como padres legítimos a los padres de intención se podría estar afectando al interés superior del niño puesto que en los casos que legalmente se obliga a la madre gestadora que se haga responsable del niño, al mismo que no quiere reconocerlo como tal o quizá no ostenta los recursos para su manutención, se pone en riesgo con ello el bienestar del menor; además que con la regulación de dicha figura se evitaría el poder concebir una afectación a los derechos de las partes intervinientes de dichos acuerdos ya que si se diera el caso de una arrepentimiento por la madre gestadora se afectaría psicológicamente a los padres de intención quienes ya tenían la intención de consolidar y fortalecer su familia con la presencia de un niño, el cual les llenaría de felicidad.

IV. DISCUSIÓN

Mediante la investigación se pudo evidenciar que, gracias a la tecnología, la misma que ha contribuido a desarrollar una variedad de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, denominado también TERAS; dentro de las cuales se puede considerar a la Maternidad Subrogada o más conocido como vientre de alquiler, la misma que se podría concebir como una posible alternativa de solución frente a los casos de infertilidad que enfrenta la mujer o cualquier otro problema del tipo fisiológico que hace que esta quede imposibilitada de poder concebir y/o procrear de manera tradicional, como lo es esperado por la sociedad. Y es en este tipo de casos donde la mujer por ser considerada la responsable de la procreación, y al no poder realizar el acto de la maternidad es que es señalada con términos hirientes que le ocasionen un daño moral, términos como “que esta seca por dentro”, “que es una mujer vacía”, “que no sirve como mujer”, entre otros términos fuera de lugar que de una u otra manera le ocasionaran un daño psicológico y moral a la misma la cual le puede acarrear serios problemas de autoestima y desvalorización como mujer, los cuales harán que se sienta como un ser incompleto.

Es también en este orden de ideas que se podría considerar a los problemas de infertilidad en la mujer como una de las causas que originaría las separaciones o divorcios, ya que por el hecho de que la mujer no pueda concebir originaria que el hombre termine abandonándola por considerar que junto a ella no podría cumplir su ilusión por ser padre y poder tener descendencia, desintegrando la unidad familiar, la misma que es deber primordial y fundamental del Estado peruano protegerla y lograr su promoción, a través de distintos mecanismos que contribuyan con el cumplimiento de tal finalidad. Es entonces que la figura de la Maternidad Subrogada no debe contemplarse como un hecho totalmente aislada a los problemas fisiológicos que imposibilitan la procreación tradicional, ya que esta misma puede ser considerada como una posible alternativa que contribuirá a que estas parejas que presentan este tipo de problemas puedan lograr tener descendencia que les ayude a llenar de felicidad su hogar y a consolidarse como familia dentro de la sociedad.

Asimismo, es que también se puede hacer mención que se considera a la familia como aquel pilar fundamental de la sociedad y como fuente de desarrollo para un Estado determinado, y la finalidad de la familia es la procreación para asegurar con ello la preservación de la vida humana por medio de la descendencia, lo que resultaría afectado con los casos de infertilidad que las mismas puedan enfrentar en el cumplimiento del objetivo para el cual son

conformadas, la procreación; es ahí entonces donde volviendo a las ideas anteriores donde se señalaba que puede ser considerada como una alternativa de reproducción que contribuya a la consolidación de la familia como tal, a la maternidad subrogada. En ese orden de ideas es que se puede poner énfasis en la situación social que enfrentaría esta figura en mención, desde perspectivas a favor como aquellas que podrían estar en contra, ambas se pueden configurar como dos caras de la misma moneda ya que estas mismas estarían atendiendo a posturas religiosas y morales que por un lado pueden consolidarlas como algo positivo en beneficio de la sociedad misma y que por el otro lado pueden ser concebidas como aberraciones que estarían atentando contra los procesos naturales de procreación y que se estaría jugando con la dignidad de las personas que participen de dichos procedimientos y/o acuerdos.

Es en atención de todos esos argumentos esbozados anteriormente, que se puede poner en evidencia en lo que respecta este tipo de cuestiones, no se podrá llegar a un consenso pleno y que agrupe en conjunto a todas las personas que se animen a comentar sobre el tema en cuestión; pero si es posible poner atención en que debido a la realidad cambiante que envuelve a la sociedad misma es que no se puede contemplar como un tema aislado la posibilidad de que algunas personas recurran a esta técnica como una alternativa factible frente a sus problemas de infertilidad, y que dentro de un marco aislado de la ley celebren contratos relacionados con la realización de dichas acciones que los ayuden a hacer posible ese sueño tan anhelado de poder tener esa dicha de convertirse en padres y poder conformar una familia como lo demandado por la sociedad.

Ahora bien, el análisis de la posibilidad de la incorporación de la figura legal de la maternidad subrogada dentro de nuestro ordenamiento jurídico civil específicamente dentro de su libro de familia, se propone con la finalidad de lograr hacer posible la consolidación de la familia como tal dentro de la sociedad, y sobre todo también para poder establecer los derechos de los sujetos intervinientes de la relación en lo que respecta la celebración de dichos acuerdos, para que se pueda establecer de manera clara el mejor derecho de identidad con respecto a sus padres que se les buscaría atribuir al menor en beneficio del mismo y con relación a los padres de intención y la madre subrogada el determinar de forma clara y precisa a quien le correspondería que se le atribuiría como el mejor derecho paterno-filial con relación al menor, ya que se es sabido que legalmente se le atribuiría el concepto de madre,

a la madre gestadora por ser ella quien de alumbramiento al menor pese a que concurra que esta no posee ningún vínculo biológico con el menor.

En relación a todo lo mencionado cabe precisar que dentro de la normatividad vigente de nuestro país específicamente en la ley General de Salud en su artículo 7° se pone en manifiesto el derecho de las personas para acceder a las técnicas de reproducción asistida como alternativa de reproducción bajo condición que la madre genética sea a la vez la madre gestante, con lo que se evidencia que la maternidad subrogada no es una técnica prohibida ni mucho menos ajena a los ojos de los legisladores, para que a su vez a un no se encuentra permitida de manera plena dentro de nuestro país.

De igual manera, según los datos recolectados tanto de las encuestas como del análisis de casos jurisprudenciales se pudo recabar la necesidad de una regulación jurídica con relación a la figura de la maternidad subrogada puesto que los especialistas la consideran como una alternativa de reproducción que va a contribuir a consolidar a las familias dentro de la sociedad basadas bajo la perspectiva condicionada a la libertad de decisión y que por ningún motivo estaría vulnerando la reproducción tradicional sino que más bien estaría como respuesta a un problema social como se podría considerar aquellos problemas de infertilidad que padecen algunas mujeres; así mismo, se mostró en el análisis de los casos jurisprudenciales donde se analizaron temas relacionados estrechamente a la necesidad de contar con una regulación expresa que proteja a los sujetos intervinientes y sobre todo atienda al principio de interés superior del niño ya que dentro de la celebración de este tipo de acuerdos sería el niño producto de este tipo de reproducción humana asistida quien sería el sujeto más débil dentro de este acuerdo celebrado entre las partes. (padres de intención y madre subrogada)

V. CONCLUSIONES

- Mediante la presente investigación se determinó la necesidad de incorporar legalmente la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar, ya que esta técnica de reproducción humana asistida puede ser concebida como una alternativa de solución a los problemas de infertilidad o de otros problemas fisiológicos que enfrentan las mujeres al momento de querer procrear de manera tradicional, problemas que en más de una oportunidad acarrearán a que se le ocasione un daño psicológico por parte de la sociedad mediante comentarios fuera de lugar y/o en el peor de los casos puede ser considerado como una de las causas de separación en las parejas ya que el hombre al no poder procrear con su esposa toma como camino más fácil el separarse de ella; es por eso que mediante la regulación de esta técnica de procreación se busca consolidar a la familia como tal dentro de la sociedad para que se pueda cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado peruano, el mismo que es la promoción y protección de la familia como institución social.

- En el proceso de investigación se pudo constatar que el tema de la maternidad subrogada con relación al derecho de familia enfrenta un vacío muy grande ya que no hay regulación expresa de la norma que establezca los requisitos mínimos a tener en consideración al momento de buscar establecer el mejor derecho de filiación con respecto al menor que sea producto del uso de este tipo de técnicas de reproducción humana asistida, la cual generaría una grave confusión con relación a quien se le debería atribuir la paternidad biológica y/o legal con respecto al menor, derecho dejado en el aire como consecuencia de la falta de normatividad que verse sobre el tema en específico y busque garantizar el bienestar e manera principal del niño y como vertientes secundarias de las demás partes intervinientes en dicho acuerdo.

- Se determinó la necesidad de incorporar la figura de la maternidad subrogada para garantizar el derecho de las familias, ya que por medio del uso de este tipo de técnicas de reproducción se puede asegurar que las parejas heterosexuales que se unan con la finalidad de procrear y por razones diversas se encuentren imposibilitadas de hacerlo de manera tradicional puedan consolidarse como tales dentro de la sociedad y así se cumpla con lo parametrado e impuesto por la misma, y sobre que puedan alcanzar la felicidad plena que un niño les traería a sus hogares.

- Se identificó la necesidad de buscar brindar protección a los sujetos participantes o intervinientes de los acuerdos de maternidad subrogada ya que dentro de cualquier tipo de acuerdo siempre va a existir una parte débil dentro de la relación o una más vulnerable, como por ejemplo en el caso en mención estaríamos frente buscar tutelar la protección a favor de los niños producto de este tipo de técnicas de reproducción ya que son quienes más conflictos relacionados con los derechos enfrentarían ya que su derecho a la identidad estaría enfrentando un grave problema, así mismo sucede con las partes celebrantes del acuerdo puesto que se discutiría a quien le correspondería mejor el derecho de filiación con respecto al niño o cabe el caso de que la madre gestacional pueda arrepentirse en el proceso de entregar al niño y de renunciar a sus derechos filiales, lo que conllevaría a que se ocasionen responsabilidades y daños jurídicos.

VI. RECOMENDACIONES

- Se debe buscar la regulación jurídica de la maternidad subrogada dentro del código civil peruano vigente específicamente en su código de familia para poder contribuir con la consolidación de la familia con institución dentro de la sociedad y sobre todo para poder determinar el mejor derecho de filiación con relación al menor y los padres de intención para que de esa manera quede establecido de manera expresa el derecho de identidad que se le otorgará al niño que nazca producto de este tipo de técnica de reproducción humana asistida, y de esa manera poder contribuir a evitar confusiones que guarden relación con el derecho de identidad que se le pueda atribuir al niño y con la filiación paterno filial legal que se le va a otorgar dentro de la sociedad a los padres de intención.
- La posibilidad de la regulación jurídica dentro de nuestro ordenamiento legal debería cumplir con ciertos requisitos básicos que determinen la condiciones bajo las cuales se desarrollara este tipo de acuerdos como por ejemplo; que las parejas que soliciten someterse a este tipo de técnicas de reproducción, sea una heterosexual (compuesta por hombre y mujer), que estas se encuentren legalmente casadas (requisito mínimo de tres años de casados, en cumplimiento de asegurar que el hogar que se le pueda ofrecer al niño este totalmente conformado y sea un matrimonio sólido), el sometimiento de la pareja a exámenes psicológicos que determinen la capacidad de los mismos para poder hacerse cargo del menor, demostrar solvencia económica que asegure el bienestar del menor dentro del hogar, no tener ningún tipo de antecedentes ya sean penales, judiciales o policiales, presenta un examen médico que demuestre la incapacidad fisiológica de reproducción de los padres de intención.
- La posibilidad de un tipo de contrato especial que regule la celebración de este tipo de acuerdos entre las partes (padres de intención y madre gestadora), que asegure el cumplimiento pleno de la finalidad de la voluntad de las partes y se evite de esa manera la posibilidad de que una de las partes se arrepienta de dio acuerdo, lo cual resultaría perjudicar para el menor principalmente puesto que si sucede el caso de que se arrepiente la madre gestadora de entregar al menor a los padres de intención les estaría ocasionando un daño moral a los últimos; y en el caso contrario sean los padres de intención quienes en el proceso se arrepientan de recibir al menor ocasionándole un perjuicio a la madre gestadora quien no tendría la más mínima intención de hacerse cargo del menor; es por ello que por esas

cuestiones es que debe existir una regulación mínima con relación al acuerdo entre las partes, de la cual se pueda derivar la posibilidad de una sanción ya sea civil o penal en contra de las partes en el caso de que se dé la posibilidad de incumplimiento del acuerdo que acarree con ello una afectación para el menor que será producto de este tipo de técnicas de reproducción. Asimismo, estándares mínimos que regulen las condiciones del contrato como por ejemplo que sea uno donde no medie la contraprestación económica y solo sea un acto de buena fe y voluntad por parte de la madre gestadora. (la única manifestación dineraria debería ser la que responda por los gastos que acarrea un embarazo y aquellos que ayuden a subsistir a la madre gestadora durante el periodo de embarazo).

REFERENCIAS

- Acedo Penco, Á. (2013). *Derecho De Familia*. Madrid: Dykinson.
- Aguilar Llanos, B. (2017). Ausencia De Normas Sobre Maternidad Asistida Generan Problemas. *Actualidad Civil*(36).
- Anicama, C. (2003). *Derechos Sexuales Y Reproductivos: Avances Y Retrocesos*. Lima: Caj.
- Baffone, C. (2004). *La Maternidad Subrogada: Una Conforntación Entre Italia Y México*. (Vol. N° 47). Boletín De Mexicano De Derecho Comparado.
- Balcázar Goicochea, G. A., & Jesús Ventura, J. A. (2014). Hacia Un Nuevo Tipo De Filiación Por Reproducción Medicamente Asistida En La Legislacion Peruana. *Tesis Para Optar Por El Título De Abogado*. Trujillo, Perú: Universidad Nacional De Trujillo.
- Bustamante Grande, G. M. (2017). La Contratación De La Maternidad Subrogada En Las Clinicas De Fertilizacion De Lima Metropolitana En El Año 2016. *Tesis Para Obtener El Título De Profesional De Abogada*. Lima, Lima, Peru: Universidad Cesar Vallejo.
- Cicu, A. (1930). *La Filiación* (Primera Ed.). Madrid: Revistas De Derecho Privado.
- Cornejo Chávez, H. (1999). *Derecho De Familia Peruano* (Décima Ed.). Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Cué Viveros, B. E. (2016). Maternidad Subrogada. *Tesis Profesional Para Obtener El Título De Licenciada En Derecho*. Mexico: Universidad Panamericana.
- Enriquez Mattos, N. Y. (2017). Tecnica De Maternidad Subrogada Y La Vulneracion Del Derecho A La Identidad De Los Menores En El Perú. *Tesis Para Obtener El Título Profesional De Abogada*. Trujillo, Trujillo, Perú: Repositorio Universidad Cesar Vallejo.
- Fernández-Rivera Gonzalez, P. (S.F.). *Las Instituciones Familiares En El Derecho Romano Y En El Derecho Vigente: Especial Referencia A La Determinación De La Filiación En La Maternidad Subrogada*. Obtenido De

[Http://Igualdad.Uniovi.Es/C/Document_Library/Get_File?Uuid=Cd901892-B04d-4ddd-B00c-75d05b225cc8&Groupid=336079](http://Igualdad.Uniovi.Es/C/Document_Library/Get_File?Uuid=Cd901892-B04d-4ddd-B00c-75d05b225cc8&Groupid=336079).

Gonzales Martín, N. (2012). *Maternidad Subrogada Y Adopción Internacional*. Obtenido De

File:///C:/Users/Brayan/Documents/Trabajo%20de%20fmi/Doc%20ingrid%208.Pdf

González Pérez De Castro, M. (2013). *La Verdad Biológica En La Determinación De La Filiación*. Madrid: Dykinson.

Krimmel, H. (1995). *La Oposición En Contra De La Maternidad Sustituta*. Buenos Aires.

Marin, P. L. (2013). *Maternidad Subrogada. Trabajo Final De Grado De Abogacía*. Argentina: Universidad Empresarial - Siglo Veintiuno.

Martínez Martínez, V. (2017). *Maternidad Subrogada: Una Mirada A Su Regulación En México*. Colombia: Dikaion.

Méndez Costa, M. J. (1986). *La Filiación*. Santa Fé: Rubinzal Y Culzoni.

Miranda, M. (S/F). *Derecho De Familia Y Derecho Génético*. Lima: Ediciones Jurídicas.

Peralta Andia, J. R. (2004). *Derecho De Familia En El Código Civil* (Cuarta Ed.). Lima: Idemsa Editores.

Pérez Pita, D. C. (2015). *Presupuestos Éticos Y Jurídicos Mínimos Que Se Deben Tener En Cuenta Ante Una Inminente Regulación De Técnicas De Reproducción Asistida En El Perú. Tesis Para Optar El Grado De Magíster En Derecho De Familia Y De La Persona*. Perú: Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo.

Pérez, G., & Cantoral, K. (2014). La Dignidad Del Menor En Caso De La Maternidad Subrogada En El Derecho Mexicano: Una Propuesta Legislativa Desde La Academia. *Revista Boliviana De Derecho*(17), 242.

Planiol, M., & Ripert, G. (1948). *Traité Élémentaire De Droit Civil* (Vol. N° 1280). París: Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence.

- Reyna Castro, M. E. (2015). *La Filiación Del Adulto Concebido Mediante Inseminación Artificial Heteróloga En El Derecho Familiar Peruano. Tesis Para Optar El Título De Abogado*. Trujillo, Perú: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Rubio, M. (1996). *Las Reglas Del Amor En Probetas De Laboratorio: Reproducción Humana Asistida Y Derecho*. Lima: Pucp: Fondo Editorial.
- Santander, C. A. (Abril De 2012). *El Contrato De Maternidad Subrogada O De Alquiler: ¿Ejercicio Legítimo Del Derecho A Procrear O Atentado A La Dignidad? Tesis Para Optar A Título Profesional De Licenciado En Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Santiago De Chile, Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Sanz Álvarez, J. (2002). *Fecundación Asistida: Ideas Estructurales Para La Regulación De Los Métodos De Procreación Asistida*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.
- Tapia, I., & Tarasco, M. (2014). *Maternidad Subrogada: Explotacion De Mujeres Con Fines Reproductivos*. México: Caprichos Ediciones.
 - Ticse Traverzo, M. C. (2018). *La Regulación De La Filiación Derivada Del Uso De Técnicas De Reproducción Asistida Con Subrogacion Materna En La Legislación Peruana. Tesis Para Optar El Grado Académico De Maestro En Derecho Con Mención En Derecho Civil Y Comercial*. Iquitos, Perú: Universidad Nacional De La Amazonía Peruana.
 - Valdiviezo Lopez, E. (7 De Septiembre De 2018). *Legis.Pe*. Obtenido De *Ventre De Alquiler: Presupuestos De Su Antijuricidad*: <https://legis.pe/Ventre-Alquiler-Presupuestos-Antijuricidad/>
 - Varsi Rospigliosi, E. (2004). *Divorcio, Filiacion Y Patria Potestad* (Primera Ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

ANEXOS

ANEXO N° 01

Instrumento Validado

GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE LA INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ

PARTICIPANTE: Mujer Infértil (anónima)

INDICADORES:

- El tiempo máximo de las respuestas para cada pregunta serán de 5 minutos
- La encuestadora debe ser clara y precisa, al igual que la encuestada deberá responder de forma clara y puntual.

PREGUNTAS:

1. ¿Cómo se sintió cuando se enteró de su condición de infertilidad?
2. ¿Considera usted que su infertilidad frustró sus sueños de formar una familia?
3. ¿Recibió usted el apoyo por parte de sus familiares o pareja cuando se enteró de su condición de infertilidad?
4. ¿Conoce usted o ha escuchado hablar de algún método de reproducción asistida para lograr un embarazo?
5. Si usted recurriría a la técnica de la maternidad subrogada para lograr ser madre ¿consideraría la necesidad de una protección jurídica para lograr su filiación?

ANEXO N° 02

Instrumento Validado

GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE LA INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ

PARTICIPANTE: Juez Especializado en Familia

APELLIDOS Y NOMBRES:.....

CARGO:.....

INDICADORES:

- El tiempo máximo de las respuestas para cada pregunta serán de 5 minutos
- La encuestadora debe ser clara y precisa, al igual que la encuestada deberá responder de forma clara y puntual.

PREGUNTAS:

1. ¿Qué opina usted de la posibilidad de la incorporación de la figura de la maternidad subrogada en nuestro sistema normativo?
2. ¿Considera que el reconocimiento de la figura de la maternidad subrogada contribuiría a fortalecer a la familia como institución en nuestra sociedad?
3. ¿Qué opina usted sobre el vacío legal que existe en nuestro ordenamiento jurídico con respecto a la maternidad subrogada?
4. ¿Considera usted la necesidad de una regulación normativa con respecto a la maternidad subrogada para garantizar la protección de las partes intervinientes? (madre gestadora, padres y niño)
5. ¿Considera que sería necesaria la incorporación normativa de la maternidad subrogada para asegurar el mejor derecho de filiación con respecto a los derechos del niño?

ANEXO N° 03

Instrumento Validado

GUÍA DE ENTREVISTA SOBRE LA INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ

PARTICIPANTE: Médico Ginecólogo (a)

APELLIDOS Y NOMBRES:.....

INDICADORES:

- El tiempo máximo de las respuestas para cada pregunta serán de 5 minutos
- La encuestadora debe ser clara y precisa, al igual que la encuestada deberá responder de forma clara y puntual.

PREGUNTAS:

1. ¿Cuál sería su opinión profesional con respecto a la maternidad subrogada?
2. ¿Considera usted que la aplicación de técnicas de reproducción asistida, específicamente lo que concierne con la maternidad subrogada necesita un respaldo normativo en nuestro país?
3. ¿Cree usted que se podría considerar a la maternidad subrogada como un proceso de reproducción humana asistida idónea para la procreación en casos de infertilidad?
4. ¿Piensa que la maternidad subrogada vulnera de alguna manera los procesos de reproducción tradicional?
5. En su experiencia profesional, ¿Qué es lo que usted opina al respecto de las mujeres que recurren al uso de la maternidad subrogada como una alternativa para formar una familia?

ANEXO N° 04

Recurso de Amparo

**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-JR10LIMGOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.

2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento.

3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación.

Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

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

1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

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

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

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

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

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

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

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

Trámite de la demanda:

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

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

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

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

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo: De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales

derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

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

Los hechos son los siguientes:

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC.

2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el uso de este método no logró el resultado esperado, razón por la cual, el 2010, los demandantes Ballesteros Verau y Nieves Reyes recurrieron al método de “ovodonación” (óvulo donado) y la posterior reproducción *in vitro* reimplantado en el útero de la demandante, sin embargo, el embarazo devino en aborto.

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos

donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).

4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.

5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 2992016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).

6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

TERCERO: Las excepciones deducidas:

3.1. Excepción de falta de representación.

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

la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación.

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha 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° 2992016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.

2. Por su parte, los demandantes sostienen que no resulta exigible el agotamiento de las vías previas cuando existe la necesidad de una tutela urgente para la protección del derecho a la identidad de los menores así como la observancia del principio de interés superior del niño. Asimismo, señala que en el presente caso la vía previa es inexistente pues el Perú no tiene legislación que regule las Técnicas de Reproducción Asistida y por tanto carece también de un procedimiento tuitivo que permita a nivel administrativo resolver esta controversia.

3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesaria y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos

administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).

4. Empero, tales reglas tienen excepciones previstas en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia. Dejando de lado las excepciones para no acudir a la vía específicamente e igualmente satisfactoria, pues no es objeto de excepción procesal por parte del demandado, corresponde señalar que la exigencia al agotamiento de la vía administrativa se impone como regla en razón de que debe otorgarse a la Administración Pública la oportunidad de remediar los errores en los que pudo haber incurrido.

5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo 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.

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*

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

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.

esposa no aportó carga genética, ni gestó al menor. Una situación similar a la actual. En ese caso, la Corte Suprema no puso en duda la validez del acuerdo de maternidad subrogada, sino que además exigió su cumplimiento. Por tanto, para este Juzgado no quedan dudas que al tratarse de un supuesto no regulado, ni menos prohibido, en el sistema jurídico peruano, es perfectamente válido.

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

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

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

DECIMO PRIMERO: Ahora bien, con respecto al **derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar**, se debe recordar que constituye una garantía 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

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

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 22232005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

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

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

los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros, así como que ellos son sus padres.

DECIMO TERCERO: La parte demandada debe pagar costos.

DECISIÓN:

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

- 1.- **SE DECLARA NULAS** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.
3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.
4. Con costos.
5. Notifíquese en el día.

ANEXO N° 05

Recurso Casatorio

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:

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.

1. 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.

2. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito

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

SEGUNDO.- Que, la adopción por excepción es una institución que lleva este nombre por cuanto, dentro del sistema de adopciones que contiene el Código del Niño y el Adolescente, en el Libro III, Título II, Capítulo I se establece un proceso administrativo de adopción, donde previamente se declara el estado de abandono (artículo 248 del Código del Niño y el Adolescente); este proceso se desarrolla para todos los niños que no cuentan con parientes que se hagan cargo de ellos o se impone como medida de protección para los Niños (as) y Adolescentes que cometan infracción a la ley penal; sin embargo existen otros niños (as), y adolescentes que no obstante tenerlos por 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 **demand**a de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados

contestan la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado

Civil – Ley 26497, que establece que *“las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; **e)** no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; **iv)** la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: **a)** que, los

demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; **b)** ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre -adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; **c)** que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; **d)** se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta de la previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.-----

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: **i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes¹; 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 Adolescentes²; 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

(...)

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 Civil³; 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 Civil⁴; 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.

principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que *la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente*; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la *Declaración Americana sobre Derechos Humanos* que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.-----

SEXTO.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.-----

SÉTIMO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) *el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...*”-----

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino

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

realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

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

DÉCIMO.- Que, la **tercera y cuarta causal** denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés económico lo que dista totalmente de los sentimientos de padres que aluden tener.-----

UNDÉCIMO. - Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando

“DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel

Zenaida Castro Muñoz...” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose *“con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”*; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única

de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino

Castro a favor de los esposos Giovanni Sansones y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni

Sansone (...)" (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que**

nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *“debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**”*. -----

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

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

4.- DECISIÓN:

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

- a) INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.
- b) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial

“El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.- **SS.**

DE VALDIVIA CANO


HUAMANI LLAMAS

PONCE DE MIER

VINATEA MEDINA

CASTAÑEDA SERRANO


AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

 UCV UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE TESIS EN REPOSITORIO INSTITUCIONAL UCV	Código : F08-PP-PR-02.02 Versión : 10 Fecha : 10-06-2019 Página : 1 de 1
--	--	---

Yo RONALDO GILBERTO ROJAS GUILLEN identificado con DNI N° 4.129.699.5
egresado de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad César Vallejo,
autorizo () , No autorizo () la divulgación y comunicación pública de mi
trabajo de investigación titulado
" INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD
SUBROGADA PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN
DE LA INSTITUCION FAMILIAR EN EL PERU "
en el Repositorio Institucional de la UCV (<http://repositorio.ucv.edu.pe/>), según lo
estipulado en el Decreto Legislativo 822, Ley sobre Derecho de Autor, Art. 23 y Art.
33.

Fundamentación en caso de no autorización:

.....
.....


FIRMA
DNI: 4.129.699.5
FECHA: Trujillo, 18 de FEBRERO de 2020

			
---	---	--	---

NOTA: Cualquier documento impreso diferente del original, y cualquier archivo electrónico que se encuentren fuera del Campus Virtual Trilce serán considerados como COPIA NO CONTROLADA.

ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD

 UCV UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO	ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS	Código : F06-PP-PR-02.02 Versión : 10 Fecha : 10-06-2019 Página : 1 de 1
--	--	---

Yo, JHON MATEENZO MENDOZA.....
docente de la Facultad de Derecho y Escuela Profesional de Derecho de la
Universidad César Vallejo - Trujillo, revisor (a) de la tesis titulada
".....INCORPORACIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD
.....SUBROGADA PARA GARANTIZAR LA CONSOLIDACIÓN
.....DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR EN EL PERÚ.....
.....";
del (de la) estudiante ROJAS GUILLEN, RONALDO GILBERTO
.....
constato que la investigación tiene un índice de similitud de 18.....%
verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El/la suscrito (a) analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las
coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la
tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas
por la Universidad César Vallejo.

Trujillo, 18 de febrero del 2020


Docente: Jhon Mateenzo Mendoza
DNI: 40233048

 Revisó: <u>[Firma]</u> Vicerectorado de Investigación / DEVAS / Responsable del SSC			 Aprobó: <u>[Firma]</u>
---	---	--	---

NOTA: Cualquier documento impreso diferente del original, y cualquier archivo electrónico que se encuentren fuera del Campus Virtual Trilce serán considerados como COPIA NO CONTROLADA.

PORCENTAJE DE VERIFICACIÓN POR TURNITIN

RONALD ROJAS GUILLEN



INFORME DE ORIGINALIDAD

18%

INDICE DE SIMILITUD

11%

FUENTES DE
INTERNET

1%

PUBLICACIONES

15%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	5%
2	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	legis.pe Fuente de Internet	1%
4	dspace.unitru.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%
6	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	creativecommons.org Fuente de Internet	1%
8	Submitted to Pontificia Universidad Católica del Peru Trabajo del estudiante	1%



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

AUTORIZACIÓN DE LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

CONSTE POR EL PRESENTE EL VISTO BUENO QUE OTORGA EL ENCARGADO DE INVESTIGACIÓN DE

La Escuela Profesional de Derecho

A LA VERSIÓN FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN QUE PRESENTA:

Ronaldo Gilberto Rojas Guillén

INFORME TÍTULADO:

“Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú”

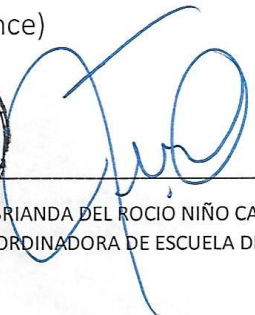
PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE:

Abogado

SUSTENTADO EN FECHA: 18 de Febrero del 2020

NOTA O MENCIÓN: 15 (Quince)




BRIANDA DEL ROCÍO NIÑO CALDERÓN
COORDINADORA DE ESCUELA DE DERECHO