

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL
CUSCO

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Escuela Profesional de Derecho



**LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO GARANTÍA DEL
DERECHO A FORMAR FAMILIA DE LAS MUJERES INFÉRTILES
EN EL PERÚ**

Tesis presentada por:

Gonzalo Rodrigo Ayque Salas

Para optar el título profesional de
Abogado

Asesor: Mg. Pedro C. Aldea Suyo

CUSCO-PERÚ

2020

DEDICATORIA

La presente tesis la dedico a Dios quien supo guiarme por el buen camino, darme fuerzas para seguir adelante en la enfermedad, enseñándome a encarar las adversidades de la vida.

A mi familia que por ellos tengo el deber de ser un buen profesional del derecho.

A mis padres por su apoyo, consejos, comprensión, amor y ayuda en los momentos más difíciles.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco mi casa de estudios, al Mg. Pedro C. Aldea Suyo mi asesor de tesis y mentor académico, a mis docentes universitarios.

RESUMEN

La presente investigación intitulada “**LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO GARANTÍA DEL DERECHO A FORMAR FAMILIA DE LAS MUJERES INFÉRTILES EN EL PERÚ**” encuentra inspiración en la casuística judicial referida al caso de la familia chilena Tovar Madueño, caso que ha reflejado de manera pública las dificultades que pueden atravesar los padres que recurren a la maternidad subrogada a fin de poder ejercer el derecho a formar familia. Situación que ha permitido apreciar el vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico civil y como es que la regulación contemplada en el artículo 7 de la Ley General de Salud resulta insuficiente frente a la creciente práctica de la maternidad subrogada. El objeto de la presente investigación es identificar los motivos por los que la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú.

Para realizar la presente investigación, se ha empleado como metodología, aquella que comprende un enfoque cualitativo de tipo Jurídica comparativa y propositiva; entre sus unidades temáticas se aborda la maternidad subrogada y el derecho a formar familia.

Esta investigación nos ha permitido arribar a las siguientes conclusiones: I) La maternidad subrogada es una práctica vigente en nuestro país, por lo que su regulación debe orientarse a proteger y garantizar los derechos de los nacidos, la madre que lleva la gestación y quienes contratan estos servicios; por lo que la seguridad jurídica con que se ha de revestir, debe contemplar procedimientos en los que intervengan instituciones del ejecutivo, el notario y el órgano jurisdiccional. II) Existen motivos de orden jurídico, representados por la normativa internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por un marco normativo de Derecho Comparado, que tutelan el

derecho a la salud reproductiva y el derecho a fundar familia; aunado a los motivos de orden médico científico, entre los que se encuentran el acceso a las técnicas de reproducción asistida; son los que permiten brindar a las mujeres infértiles en el Perú, una importante opción de tener hijos y formar una familia. III) La regulación de la maternidad subrogada en el Perú, resulta de trascendental importancia porque su práctica es cada vez más frecuente y existe un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico civil; regulación que ha de sustentarse en la teoría de la voluntad procreacional, que relega al principio “mater semper certa est” (hasta ahora vigente en nuestro Derecho Civil), frente a las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada, la misma que brinda una nueva terminología que ha de diferenciar a la madre genética, madre gestante y madre voluntaria. IV) La descripción realizada de la regulación de la maternidad subrogada por el Derecho Comparado ha permitido advertir las posiciones que asumen los países en relación a éste tema, pero al mismo tiempo nos orienta a entender el tema y ver lo más conveniente a nuestra realidad peruana.

ABSTRACT

The present investigation entitled "THE MATERNITY SUBROGATED AS A GUARANTEE OF THE RIGHT TO FORM THE FAMILY OF THE INFERTILE WOMEN IN PERU" finds inspiration in the judicial casuistry referred to the case of the Chilean family Tovar Madueño, a case that has reflected in a public way the difficulties that can traversing parents who resort to surrogate motherhood in order to exercise the right to form a family. Situation that has allowed us to appreciate the legal vacuum in our civil legal system, and how is that the regulation contemplated in article 07 of the General Health Law is insufficient in the face of the growing practice of surrogate motherhood. The purpose of the present investigation is to identify the reasons why surrogate motherhood guarantees the right to form a family of infertile women in Peru.

In order to carry out the present investigation, a methodology that includes a qualitative approach of a comparative and proactive legal type has been used as a methodology; Among its thematic units, surrogate motherhood and the right to form a family are addressed.

This research has allowed us to arrive at the following conclusions: i) Surrogate motherhood is a current practice in our country, so its regulation should be aimed at protecting and guaranteeing the rights of the born, the mother who leads the pregnancy and those who contract these services; so the legal security with which it has to be covered, must contemplate procedures involving institutions of the executive, the notary and the court. ii) There are legal reasons, represented by international regulations such as the Universal Declaration of Human Rights and by a regulatory framework of Comparative Law, which protect the right to reproductive health and the right to found a

family; together with scientific medical reasons, among which are access to assisted reproduction techniques; are those that provide fertility to infertile women in Peru, an important option to have children and raise a family. iii) The regulation of surrogate motherhood in Peru is of transcendental importance because its practice is increasingly frequent and there is a legal vacuum in our civil legal system; regulation to be based on the procreational theory of will, which relegates to the principle "mater semper certa est" (until now in force in our Civil Law), compared to assisted reproduction techniques such as surrogate motherhood, which provides a new terminology that has to differentiate the genetic mother, pregnant mother and voluntary mother. iv) The description made of the regulation of surrogate motherhood by Comparative Law has allowed to warn the positions assumed by the countries in relation to this issue, but at the same time it guides us to understand the topic and see what is most convenient to our Peruvian reality.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como objeto de estudio la maternidad subrogada, entendida como una de las técnicas de reproducción asistida brindada por la ciencia médica, así como, del derecho a formar familia, específicamente de las mujeres infértiles, ello a fin de alcanzar los fundamentos jurídicos para su regulación en nuestro país. Se ha tenido en consideración que en la última década se han producido casos judiciales vinculados al tema de maternidad subrogada, entre los que se encuentran el caso Tovar Madueño, situación que ha motivado la presente investigación, puesto que se ha observado la existencia de un vacío legal al respecto, vacío que no restringe su práctica, pero que amerita ser completado a fin de tener un mejor control de dicha práctica y sobre todo revestirlo de seguridad jurídica. Debe advertirse que el desarrollo teórico, jurídico y judicial es importante en otros países, sin embargo, en el Perú se ha negado su regulación.

El desarrollo de la investigación comprende cuatro capítulos.

El primer capítulo, está referido a la situación problemática, la formulación del problema, la justificación, los objetivos y metodología empleada.

El segundo capítulo, está referido al desarrollo del marco teórico de la maternidad subrogada, en el cual aborda, los antecedentes, tipología, sujetos intervinientes, los fundamentos jurídicos, así como, el marco normativo comparado y el interés superior del niño.

El tercer capítulo comprende, el derecho a formar familia de las mujeres infértiles; se inicia precisando el tema de la fertilidad así como el derecho a la familia; se aborda el derecho a formar familia desde una perspectiva local (Perú) y su vinculación con la adopción; a nivel de Derecho Comparado se precisa la regulación del derecho a formar familia en España, Brasil y Argentina; de manera específica se describe el derecho a formar familia de la mujeres infértiles desde un enfoque jurídico y médico, que comprende las causas de la infertilidad y las opciones jurídicas que tienen estas mujeres para formar familia.

En el cuarto capítulo, se aborda de manera específica el estado de la maternidad subrogada en el Perú, a partir de la máxima Mater Semper Certa Es, se analiza la legislación referida a las técnicas de reproducción asistida (artículo 7 de la Ley General de Salud), así mismo, se exponen algunos casos judiciales, poniendo cierto énfasis en el caso de la familia Tovar Madueño; todo ello, complementado con el análisis de entrevistas a jueces y entrevistas en internet especialistas en la materia, entre los que se encuentra abogados y médicos.

Finalmente, el capítulo quinto está referido a los resultados y discusión de resultados, los que se detallan teniendo en consideración los problemas planteados y los objetivos. Que permiten sustentar las conclusiones y las recomendaciones.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
RESUMEN.....	iii
ABSTRACT.....	v
INTRODUCCIÓN.....	vii
CAPÍTULO I.....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1. Descripción del Problema.....	1
1.2. Formulación del Problema.....	2
1.2.1. Problema General.....	2
1.2.2. Problemas Específicos.....	2
1.3. Justificación.....	3
1.4. Formulación de Objetivos.....	4
1.4.1. Objetivo General.....	4
1.4.2. Objetivos Específicos.....	4
2. MARCO TEÓRICO.....	4
2.1. Bases teóricas.....	4
2.1.1. Derecho de familia.....	4
2.1.2. Derecho a la identidad.....	5
2.1.3. Bioética.....	5
2.1.4. Maternidad subrogada.....	5
2.2. Antecedentes de la Investigación.....	6
2.2.1. Tesis.....	6
2.2.2. Artículos Especializados.....	8
2.3. Marco Conceptual.....	9
2.3.1. Maternidad Subrogada.....	9
2.3.2. Derecho a formar Familia.....	9
2.3.3. Infertilidad – Mujer Infértil.....	10

3.	HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO.	11
3.1.	Hipótesis	11
3.1.1.	Hipótesis General.....	11
3.1.2.	Hipótesis Específicas	11
3.2.	Categorías de Estudio	11
4.	METODOLOGÍA	12
4.1.	Diseño De Investigación	12
4.2.	Unidad de Análisis y Muestra no Probabilística.....	13
4.2.1.	Unidad de Análisis Temático.....	13
4.2.2.	Muestra No Probabilística.....	13
4.2.3.	Técnicas	14
4.2.4.	Instrumentos.....	14
5.	ASPECTO ADMINISTRATIVO.....	15
5.1.	Presupuesto	15
5.2.	Cronograma de Realización de Tesis.....	15
	CAPÍTULO II.....	14
	MATERNIDAD SUBROGADA	14
2.1.	Conceptos preliminares.....	14
2.1.1.	Maternidad	14
2.1.2.	Subrogación	14
2.2.	Antecedentes	14
2.3.	Definición.....	16
2.4.	Denominaciones.....	17
2.5.	Tipología de la Maternidad Subrogada.....	18
2.6.	Sujetos intervinientes	19
2.6.1.	Padres	20
2.6.1.1.	Parejas heterosexuales.....	20
2.6.1.2.	Parejas homosexuales	20
2.6.1.3.	Monoparentales.....	21
2.6.2.	Mujer gestante.....	21
2.6.3.	Clínica de fertilidad.....	21
2.6.4.	Agencia Facilitadora	22
2.7.	Compensación económica.....	22
2.8.	Fundamentos Jurídicos de la Maternidad Subrogada	23

2.9.	Marco Normativo Comparado	28
2.9.1.	Especial énfasis a la legislación de Argentina	32
2.10.	Interés superior del niño.....	33
CAPÍTULO III		36
DERECHO A FORMAR FAMILIA DE LA MUJER INFÉRIL.		36
3.1.	Conceptos preliminares.....	36
3.1.1.	Familia	36
3.1.2.	La Fertilidad.....	37
3.1.3.	La Infertilidad	38
3.2.	Derecho a la Familia	38
3.2.1.	Antecedentes de la familia	39
3.2.2.	Características de la familia	40
3.3.	Derecho a formar familia	41
3.3.1.	Análisis normativo del derecho a formar familia en el Perú.....	44
3.3.1.1.	La Familia en la Constitución Política.....	45
3.3.1.2.	La Familia en el Código Civil.....	46
3.3.2.	La adopción.....	48
3.3.3.	Marco jurídico comparado de protección del derecho a formar familia.....	51
3.3.3.1.	España.....	51
3.3.3.2.	Brasil	52
3.3.3.3.	Argentina.....	52
3.3.4.	Derecho a formar familia de las mujeres Infértiles	54
3.3.4.1.	Infertilidad.....	54
3.3.4.2.	La infertilidad desde el enfoque jurídico	54
3.3.4.3.	La infertilidad desde el enfoque médico	55
3.3.4.4.	Causas de infertilidad de la mujer.....	56
3.3.4.5.	Opciones jurídicas para formar familia de la mujer infértil.....	60
3.3.4.6.	Ejercicio del derecho a formar familia de la mujer infértil.....	60
CAPÍTULO IV		64
LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ.....		64
4.1.	Mater Semper certa est.....	64
4.2.	Legislación	65
4.3.	Casos	66
4.3.1.	Casación 563-2011.....	66

4.3.2.	Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05	68
4.3.3.	Expediente 2005-2009-PA/TC Derecho a Procrear y Salud Reproductiva. 70	
4.3.4.	Caso de maternidad Subrogada - esposos Tovar Madueño	73
4.3.4.1.	Entrevista a Abogado Fernando Silva, defensa del Médico Cirujano Luis Noriega Hoces Director de la Clínica Concebir, (Congreso de la República del Perú, 2018)	73
4.3.4.2.	Entrevista a Abogado Luis Felipe Cortes, defensa de la familia Tovar Madueño, (Glave, 2018)	75
4.3.4.3.	Entrevista a Abogada Chary Rodríguez Cadilla, especialista legal en reproducción asistida (Congreso de la República del Perú, 2018)	76
4.3.5.	Entrevistas a especialistas, publicadas en sitio web.....	78
4.3.5.1.	Entrevista a Dr. Renzo Saavedra (Profesor de Derecho Civil y Derecho y Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pacifico).....	78
4.3.5.2.	Entrevista brindada por Dr. Enrique Varsi Rospigliosi (Abogado especialista en Derecho Civil)	79
4.3.5.3.	Entrevista a Medico Luis Noriega Hoces (Director de Clínica Concebir) ..	82
4.3.6.	Entrevistas a Jueces especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco.....	84
4.3.6.1.	Entrevista al Juez Cesar A. Espinoza Delgado (Juez del primer juzgado de familia del Cusco)	84
4.3.6.2.	Entrevista al Juez Fredy Ramiro Mendoza Zegarra (Juez del segundo juzgado de familia del Cusco).....	86
4.3.6.3.	Entrevista al Juez Edwin Romel Béjar Rojas (Juez del tercer juzgado de familia del Cusco)	88
4.3.6.4.	Entrevista al Juez Rómulo Víctor Velasco Chávez (Juez del cuarto juzgado de familia del Cusco)	89
CAPÍTULO V		92
RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....		92
5.1.	Resultados de estudio	92
5.2.	De los problemas planteados y de los objetivos propuestos	93
5.2.1.	Fundamentos Jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú.....	93
5.2.2.	Alternativas para ejercer el derecho de familia	96
5.2.3.	Marco Normativo de la Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado ..	97
5.2.4.	Del problema general y objetivo general	98
CONCLUSIONES.....		101
RECOMENDACIONES		103
BIBLIOGRAFÍA		104

ANEXOS.....	108
ANEXO 01	109
ANEXO N°02.....	117
ANEXO N° 03.....	103
INDICE DE CUADROS	110

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del Problema

En agosto del año 2018, se presentó en el Perú el caso de los esposos Tovar Madueño, ciudadanos chilenos que habían arribado al Perú con la finalidad de realizar un tratamiento médico a fin de que la señora Madueño pudiera quedar embarazada, sin embargo y pese al tratamiento médico en la Clínica Delgado no se pudo concretar debido a las deficiencias biológicas que ella presentaba en su organismo, lo que hacía inviable poder llevar la gestación, motivo por el cual ambos esposos convinieron en recurrir a la maternidad subrogada o vientre de alquiler que permitió el nacimiento de dos bebés en fecha 28 de julio del 2018. En fecha 25 de agosto los esposos Tovar Madueño juntos con los dos bebés se disponían a viajar con destino a Chile, sin embargo, fueron detenidos y acusados por el delito de trata de personas, acusación que permitió inicialmente la detención preliminar, la misma que fue revocada. Sin embargo, en relación al ámbito que corresponde al Derecho Civil, el caso nos presenta un escenario en el que se advierte, entre otros, temas referidos al Derecho de Personas y Derecho de Familia: Una pareja de esposos chilenos; una donación de ovulo por parte de un donante, la fertilización invitro, embrión sujeto a maternidad subrogada, el reconocimiento de dos madres.

Éste caso se presente a partir de que la señora Madueño era una mujer infértil, que es una situación que se presenta en todo el mundo; en el Perú existe un sector que comprende a las mujeres infértiles (estadísticas de INIE), quienes al igual que todo

ciudadano tiene el derecho a formar una familia, sin embargo, el goce de este derecho se ve restringido en la actualidad únicamente a la posibilidad de adoptar un hijo, respecto del cual no guarda ningún vínculo biológico.

Situación que fuerza a que las mujeres infértiles a fin de ejercer su derecho a formar una familia, tengan como única opción la de adoptar un hijo, de continuar esta situación se seguirán formando familias en las que no exista ningún grado de parentesco biológico ni consanguíneo.

Ante tal situación se propone la regulación de la maternidad subrogada mediante ley especial, como opción para las mujeres infértiles puedan ejercitar su derecho a formar familia y poder tener un hijo con el cual se tenga vínculo a partir de los gametos masculinos o femeninos.

1.2. Formulación del Problema

1.2.1. Problema General

¿Por qué la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú?

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú?
- ¿Cuáles son las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia?

- ¿Cuál es el marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado?

1.3. Justificación

El presente proyecto de investigación se justifica por las razones siguientes:

- a) Conveniencia. - Es conveniente realizar esta investigación por tratarse de un problema socio-jurídico que da a conocer un vacío legal en nuestro ordenamiento, vinculado a la maternidad subrogada asociada al derecho a formar familia de las mujeres infértiles.
- b) Relevancia social. - La presente investigación tiene impacto social, puesto que se busca beneficiar a un sector importante de la sociedad, como es el caso de las mujeres infértiles que también cuentan con el derecho a formar familia.
- c) Valor teórico. - Con esta investigación lo que se pretende es aportar al conocimiento teórico, doctrinario y de derecho comparado de las instituciones como son la maternidad subrogada y el derecho a formar familia, en el presente caso de las mujeres infértiles.
- d) Utilidad metodológica. - La metodología empleada en la presente investigación servirá de base para otras, puesto que los datos obtenidos con los instrumentos y técnicas permitirán obtener resultados que pueden ser utilizados en otras investigaciones.

1.4. Formulación de Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Identificar los motivos por los que la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú

1.4.2. Objetivos Específicos

- Establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú.
- Señalar las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia.
- Señalar el marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Bases teóricas.

2.1.1. Derecho de familia

La familia es el elemento sustancial del Derecho de Familia –como disciplina jurídica- asimismo es una institución fundamental para el desarrollo de la sociedad.

Según (Gaviao de Almeida, 2008, pág. 11), “Desde El principio la familia viene siendo considerada la expresión social y económica más importante. Social porque es la manifestación, reconocida por la sociedad, de vida social y de reproducción.

Económica porque sobre un punto de vista de producción y de consumo, constituye una unidad de consumo. (...).”

2.1.2. Derecho a la identidad

Es un derecho humano que se expresa en la imagen y circunstancias que determinan quién y qué es una persona. Se hace efectivo con un nombre, una identificación y una nacionalidad.

2.1.3. Bioética

El término bioética fue utilizado por primera vez por, (Van Rensselaer Potter), como una propuesta de una nueva disciplina que sirviera como un puente entre dos culturas: la científica, en torno a la vida y al medio ambiente, y la humanista centrada en la ética. La bioética ha evolucionado hacia un movimiento internacional que abarca los aspectos tradicionales de la ética médica, la ética ambiental, los debates sobre los derechos de las futuras generaciones, el desarrollo sostenible, etc. La bioética es una instancia de juicio práctico que se ejerce en circunstancias concretas y a la que se le asigna una finalidad práctica a través de diferentes formas de institucionalización. La bioética se concibe como un campo interdisciplinario de especialistas y como un movimiento social y cultural de los ciudadanos. Es un área de conocimiento que se refiere a la moralidad de las nuevas formas de nacer, morir, curar y cuidar.

2.1.4. Maternidad subrogada

La maternidad subrogada es un concepto proporcionado por la ciencia médica, es por ello que (Emaldi Cirión, 2002, págs. 151-152), refiere que:

Se trata de una técnica que estaría indicada en el caso de una mujer con ausencia de útero, o con útero, pero sin capacidad de implantación embrionaria, por lo que podríamos plantear la posibilidad de que la maternidad subrogada fuera utilizada como alternativa a la procreación para aquellas parejas que pudiesen aportar sus gametos pero que tuvieran problemas reproductivos.

En este caso Emaldi-Cirión parece limitar el campo de acción de la maternidad disociada al caso singular de las mujeres sin útero, sin embargo, como queda dicho esa no es la única situación posible sobre la cual aplicar dichas técnicas, pudiendo ampliarse a los casos en los que la mujer tuviera problemas o dificultades en el periodo de gestación.

2.2. Antecedentes de la Investigación

2.2.1. Tesis

Internacional

El primer antecedente internacional de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*EL DERECHO A LA FAMILIA Y LA MATERNIDAD SUBROGADA*”. Presentado por Diana Carolina Cueva Liger, quien presento dicha investigación para optar al grado académico de Abogada, el año 2014.

La principal conclusión de este trabajo es:

“Basándonos en los resultados estadísticos y en los antecedentes que hemos estudiado acerca de la maternidad subrogada, puedo decir sin temor a equivocarme que es menester la implementación de la Maternidad

Subrogada como Técnica de Reproducción Asistida a fin de que, por medio de la legalización de esta, se podrá garantizar el derecho a la familia de las parejas que desean procrear pero por problemas de esterilidad e infertilidad no lo pueden hacer”.

Nacional

El primer antecedente nacional de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*ASPECTOS JURÍDICOS INTERVINIENTES EN LA CONTRATACIÓN DE LA MATERNISAS DISOCIADA (VIENTRE DE ALQUILER) Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN EN EL PERU 2012*”. Presentado por Yovana Isabel Zegarra Torre, quien presento dicha investigación para optar al grado académico de Doctor, el año 2014.

La principal conclusión de este trabajo es:

“La maternidad disociada es el acto por el cual se permite la gestación por tercera persona (vientre de alquiler) de un embrión cuyos gametos han sido aportados por una pareja contratante a efecto de que la mujer subrogante lleve a cabo el proceso gestacional.”.

El segundo antecedente de mi investigación lo constituye la tesis que lleva como título “*LA CONTRATACION DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LAS CLINICAS DE FERTILIZACION DE LIMA METROPOLITANA EN EL AÑOS 2016*” Presentado por Gabriela Mercedes Bustamante Grande, quien presento dicha investigación para optar la profesión de Abogada en el año 2017.

La principal conclusión de este trabajo es:

“Según la tabla de frecuencia N° 01 se concluye que tenemos una frecuencia valida alta del 70% de 100% de las encuestas, las cuales están totalmente de acuerdo con la variable maternidad subrogada.”.

2.2.2. Artículos Especializados

Artículo 1°

El primer artículo especializado lo constituye: “*LA MATERNIDAD INTERVENIDA, REFLEXIONES ENTORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA*”. La autora es Leyla Candal, quien plasmó dicho artículo en la Revista Red Bioética, 2010.

“Se puede decir que sin lugar a dudas que desde hace unas décadas la fecundidad y la maternidad han pasado a pertenecer a un orden médico. Los avances y descubrimiento científicos y tecnológicos ha posibilidad el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción asistida como alternativas a la esterilidad

Artículo 2°

El segundo artículo especializado lo constituye: “*PERSPECTIVAS BIOMÉDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA*”. El autor es Nicolás Jouve de la Barreda, quien plasmó dicho artículo en la Revista Cuadernos de Bioética XXVIII, 2010.

“La maternidad subrogada se refiere a la implantación de un embrión |creado por la tecnología de la fecundación in vitro (FIV) en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias

monoparentales o biparentales del mismo sexo. Atendiendo al origen de los gametos usados en la FIV surgen diversas situaciones en la relación genética del niño con la madre gestante y los padres comitentes. La maternidad subrogada se planteó en principio como una opción para solucionar problemas de infertilidad. Sin embargo, se ha convertido en una práctica posible y atractiva como fuente de recursos económicos para mujeres pobres. Los casos de maternidad por acuerdo, sin mediar un contrato, son excepcionales y no son apropiadamente “maternidad subrogada” sino de “maternidad altruista” debiendo ser considerados como casos de fertilización in vitro heteróloga.”

2.3. Marco Conceptual

2.3.1. Maternidad Subrogada

En relación a la maternidad subrogada (Emaldi Cirion, 2002, pág. 65), refiere que:

Se trata de una técnica que estaría indicada en el caso de una mujer con ausencia de útero, o con útero, pero sin capacidad de implantación embrionaria, por lo que podríamos plantear la posibilidad de que la maternidad subrogada fuera utilizada como alternativa a la procreación para aquellas parejas que pudiesen aportar sus gametos pero que tuvieran problemas reproductivos.

2.3.2. Derecho a formar Familia

Según el artículo 42 de la Constitución Colombiana; la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la

decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

2.3.3. Infertilidad – Mujer Infértil

Medicamente, la infertilidad se entiende como la incapacidad o descenso de la capacidad que tiene una pareja para concebir, (...), a diferencia de la esterilidad que representa una condición de incapacidad intrínseca de lograr un embarazo. (Delgado Madrigal & Arias Ramirez).

La infertilidad es una condición común con implicaciones psicológicas, económicas, demográficas y médicas. Se define como falla para concebir luego de 12 meses de relaciones sexuales frecuentes sin utilizar métodos anticonceptivos en pacientes femeninas menores de 35 años o luego de seis meses de relaciones sexuales frecuentes sin uso de métodos anticonceptivos en mujeres de 35 años o mayores. Según refiere el Comité de prácticas de la sociedad americana para la medicina reproductiva, citada por la Obstetra (Bagnarello Gonzáles).

Desde una perspectiva social, la infertilidad ha de provocar estigma, depresión, bajos sentimientos de autoestima y en algunos casos una forma de culpa; por tal motivo la adopción de normas jurídicas de orden familiar, hará que el problema de infertilidad sea más acuciante. (Organización Mundial de la Salud, 2019)

3. HIPÓTESIS Y CATEGORÍAS DE ESTUDIO.

3.1. Hipótesis

3.1.1. Hipótesis General

La regulación normativa de la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú, porque representa una mejor opción jurídica para formar una familia, recurriendo a las técnicas de reproducción asistida.

3.1.2. Hipótesis Específicas

- Los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada son el derecho constitucional a formar familia, el derecho a reproducción y el derecho a la salud reproductiva.
- La alternativa que la legislación civil brindaría a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia es únicamente la adopción.
- El marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado tiene importantes avances en proceso de regulación, a nivel del Código Civil o mediante ley especial.

3.2. Categorías de Estudio

La presente investigación es de orden cualitativa, por dicha razón no es posible utilizar categorías de medición cuantitativa (variables e indicadores), por lo que,

siguiendo la doctrina de la investigación científica se consignan para fines de análisis las siguientes categorías de estudios con sus respectivas sub categorías.

Cuadro N° 01

Categorías	Sub categorías
- Maternidad Subrogada	<ul style="list-style-type: none"> - Características - Filiación - Fines de la maternidad subrogada - Interés superior del niño
- Derecho a formar familia de mujeres infértiles	<ul style="list-style-type: none"> - Infertilidad - Causas de infertilidad - La mujer como ser generadora de vida - Características del derecho a formar familia - Análisis normativo de derecho a formar familia en el Perú <ul style="list-style-type: none"> • La familia en la Constitución Política • La Familia en el Código Civil - Derecho a formar familia de las mujeres infértiles. - Ejercicio de su derecho a formar familia

Fuente: Elaboración propia

4. METODOLOGÍA

4.1. Diseño De Investigación

El diseño de la presente investigación se precisa en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 02

Enfoque de la	Cualitativo: Puesto que el estudio se basa
----------------------	--

investigación	fundamentalmente en el análisis y la argumentación a partir de la revisión de legislación y casos judiciales de maternidad subrogada, antes que en mediciones estadísticas probabilísticas.
Tipo de Investigación	Descriptiva y Jurídica comparativa: Porque con este tipo de investigación se realizará una investigación Jurídico-comparativa de la doctrina y la legislación comparada, orientada a la justificación de una regulación. (Según Clasificación del (Aranzamendi, 2015)
Nivel de Investigación	Básica: Porque se analizará y explicará el desarrollo doctrinario, legislativo y jurisprudencial de instituciones jurídicas de reciente data, a fin de contribuir con el desarrollo de la ciencia del Derecho.

Fuente: Elaboración propia

4.2. Unidad de Análisis y Muestra no Probabilística

4.2.1. Unidad de Análisis Temático

La presente investigación enfoca su análisis en dos categorías: Maternidad subrogada y derecho a formar familia de mujeres infértiles.

4.2.2. Muestra No Probabilística

Dada la naturaleza cualitativa del estudio, se utiliza una muestra no probabilística por conveniencia, a fin de recoger información referida al tema en estudio; nuestra muestra de investigación estará conformada por la interpretación y análisis de las normas pertinentes y fuentes bibliográficas, así como artículos especializados y sentencias emitidas por las Cortes Superiores de Justicia de Perú. La selección se hará atendiendo a los siguientes criterios.

- a. El Código Civil Peruano vigente (desde 1984)
- b. Entrevistas publicadas en internet (referidas al tema de investigación)
- c. Cuatro sentencias emitidas a nivel nacional

4.2.3. Técnicas

a. Análisis documental

Utiliza la información cualitativa de documentos escritos, recopilada en normas, artículos científicos; leyes, informes y sentencias, seleccionando los aspectos que interesan a las categorías en estudio (maternidad subrogada y derecho a formar familia).

b. Análisis de entrevista Jueces y a especialistas, publicadas en internet

Analizaremos entrevistas que contiene una serie de preguntas realizadas a Jueces profesionales médicos, abogados especialistas, respecto a la maternidad subrogada y al derecho a la familia de las mujeres infértiles, representando los entrevistados una muestra no probabilística.

La selección se hará de acuerdo a los siguientes criterios:

- Jueces especializados
- Abogados especializados

4.2.4. Instrumentos

a. Ficha de análisis documental.

- Ficha bibliográfica (libro).
- Ficha hemerográfica (artículo de revista, periódico).
- Ficha de información electrónica (información extraída de medios electrónicos, Internet.)

b. Ficha de análisis de sentencias.

c. Ficha de análisis interpretativo normativo.

5. ASPECTO ADMINISTRATIVO

5.1. Presupuesto

El costo total del proyecto y ejecución de investigación.

Cuadro N° 03

DENOMINACION	S/.
Personal	
• Trabajo de Campo	200.00
Bienes de capital:	1,000.00
• Libros, revistas, videos, etc.	
• Insumos y equipos de trabajo (papel bond, alquiler de computadora/ Laptop, internet, etc.)	500.00
• Materiales de escritorio	400.00
Servicios:	
• Fotocopias y anillados	500.00
• Impresiones y anillado	500.00
• Digitador/Diagramador de gráficos.	200.00
Gastos administrativos e imprevistos	
• Gastos varios (movilidad)	500.00
• Imprevistos	500.00
TOTAL	4,300.00

Fuente: Elaboración propia

5.2. Cronograma de Realización de Tesis

Cuadro N° 04

DESCRIPCIÓN DE TAREA	2018						2019					
	Agosto	Septiemb.	Octubre	Noviemb.	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio
Recolección de información y bibliografía.	X	X										
Elaboración de proyecto de investigación.		X	X									
Solicitud de nombramiento de asesor e inscripción de proyecto de tesis.				X								
Redacción de trabajo, análisis y sistematización de documentación; conclusiones y recomendaciones.				X	X	X	X	X	X	X		

Preparación del informe												<u>X</u>	
Presentación de tesis y sustentación												<u>X</u>	<u>X</u>

Fuente: Elaboración propia

CAPÍTULO II

MATERNIDAD SUBROGADA

2.1. Conceptos preliminares

2.1.1. Maternidad

La maternidad viene a ser una cualidad inherente a la madre, es en este sentido que la (Real Academia Española, 2014) señala que es el: “Estado o cualidad de madre”. Afirmación de la cual se desprende que es una denominación propia e inherente a la condición femenina.

2.1.2. Subrogación

Según la (Real Academia Española, 2014), el termino subrogar es definido como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa.”.

Habiendo señalado las definiciones de maternidad y subrogación, corresponde precisar lo que se entiende por maternidad subrogada.

2.2. Antecedentes

El antecedente originario de la maternidad subrogada son las técnicas de reproducción asistida, las cuales, según refiere el profesor (Varsi Rospligiosi, 2001, págs. 601-603): “Son aquellos procedimientos técnicos que son ofrecidos para sustituir a la infertilidad de las parejas, permitiendo la posibilidad de poder tener hijos” Corresponde precisar que las técnicas de reproducción asistida no es un tratamiento curativo de la infertilidad, es por el contrario una vía accesoria mediante la cual y gracias a la intervención médica se puede tener hijos.

En 1969 fue reportada la primera fertilización in vitro exitosa de un ovocito, realizada por Robert Edwards y Patrick Steptoe, el primero de ellos fue reconocido como el premio Nobel de Medicina en el año 2010. Los resultados de las técnicas de reproducción asistida han tenido dos fechas destacables.

El año de 1978, cuando se consiguió el primer nacimiento por FIV en seres humanos en el Reino Unido, entonces nació Luise Brow, y el 12 de julio de 1984, fecha del primer nacimiento por FIV en España, cuando nació Victoria Anna en el entonces Instituto Dexeus. (Veiga, 2015, pág. 13).

Las Técnicas de reproducción asistida se clasifican según, (Varsi Rospligiosi, 2001, pág. 14) “Inseminación artificial y fecundación extracorpórea”. La inseminación artificial, entendida como método de procreación por el que se introduce el espermatozoide en el miembro genital femenino (Mosquera Vasquez, 1997, pág. 38). En relación a la Fecundación extracorpórea, según (Fernandez Sessarego, 1986, pág. 50) refiere:

El prodigioso desarrollo de la genética hace factible, entre otras tantas posibilidades, obtener embriones sobre la base de donantes desconocidos; fecundación de uno o más óvulos; la selección eugenésica para obtener un cierto tipo étnico; la voluntaria determinación del sexo. El caso más frecuente que se presenta en determinados países es el de la fecundación homóloga, es decir, la consecución en laboratorio de un embrión por decisión y con la sola intervención de los cónyuges en caso de incapacidad de la mujer. El embrión así logrado puede implantarse en el útero de la propia cónyuge o, de existir impedimentos, en el de otra mujer que se presta a su gestación.

La fecundación extracorpórea entendida como técnicas de reproducción asistida incluye a la fertilización invitro y transferencia de embriones, transferencia intratubarica de gametos y la maternidad subrogada.

De lo expuesto se aprecia que la fecundación extracorpórea tiene entre sus técnicas a la maternidad subrogada, utilizada en situaciones en las que la mujer tenga impedimentos para que un embrión le sea implantado en su útero; es decir que se asocia a la maternidad subrogada con la incapacidad de la mujer de llevar una gestación en el útero.

2.3. Definición

En el Reino Unido, en 1991 se emitió el informe Warnock, en cuyo contenido se había conceptualizado la maternidad subrogada como “la práctica mediante la cual una mujer gestaba o llevaba en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca”

En esencia, la maternidad subrogada, es un concepto proporcionado por la ciencia médica, es por ello que (Emaldi Cirión, 2002, págs. 151-152), refiere que:

Se trata de una técnica que estaría indicada en el caso de una mujer con ausencia de útero, o con útero pero sin capacidad de implantación embrionaria, por lo que podríamos plantear la posibilidad de que la maternidad subrogada fuera utilizada como alternativa a la procreación para aquellas parejas que pudiesen aportar sus gametos pero que tuvieran problemas reproductivos.

Por su parte, (Lamm, 2012, pág. 45) quien refiere que: “El vientre de alquileres es un proceso por el cual una mujer gesta un bebé ajeno (genéticamente) por otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer”.

Perspectiva biomédica. - La maternidad subrogada se refiere a la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o bioparentales del mismo sexo (Jouve de la Barreda, 2017, pág. 153).

Es decir que la maternidad subrogada comprende la implantación del embrión en el útero de otra mujer, quien lleva el embarazo y da a luz al hijo de la pareja infértil. Lo antes descrito se materializa mediante el acuerdo entre la pareja o la madre y la mujer que llevará el embarazo y dará a luz a un niño, dicho acuerdo adquiere la denominación de contrato de maternidad subrogada.

Desde una perspectiva feminista, la maternidad subrogada comprende la implantación del embrión en el útero de otra mujer, quien lleva el embarazo y da a luz al hijo de otra pareja. Lo antes descrito se materializa mediante el acuerdo entre la pareja o la madre y la mujer que llevará el embarazo y dará a luz a un niño, dicho acuerdo adquiere la denominación de contrato de maternidad subrogada.

2.4. Denominaciones

El término “maternidad subrogada”, habría sido empleado inicialmente en 1976 en un escenario de cooperación o ayuda a las parejas infértiles, por un abogado de Michigan de nombre Noel Keane quien se dedicó a intermediar entre las parejas que no podían tener hijos y las madres sustitutas, realizando los arreglos correspondientes para alcanzar la subrogación.

La maternidad subrogada tiene diferentes denominaciones, gestación subrogada, vientre de alquiler, gestación por sustitución, subrogación gestacional, con los que se hace

referencia al mismo fenómeno que sucede cuando una mujer se presta a gestar un niño o niña, que una vez nacida es entregada a la persona o personas que las encargan y que van a asumir su paternidad y/o maternidad.

Las diferentes denominaciones se utilizan de acuerdo a la carga valorativa que se le quiera dar, por ejemplo, la denominación de gestación subrogada es neutra y utilizada en países donde se encuentra regulada. La denominación de vientre de alquiler o gestación comercial, corresponde a una tendencia crítica que refleja la cosificación de la mujer y su capacidad reproductiva.

2.5. Tipología de la Maternidad Subrogada

Según la (Organismo Mundial de la Salud, 2016), se puede dividir en:

La Según la genética del bebé, puede ser de dos tipos:

Tradicional. - La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro.

Gestacional. - Cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En este caso, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro.

Según las finanzas que hayan de por medio:

Altruista. - Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se

incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o son necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal.

Lucrativa. - Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso, las madres suelen trabajar por medio de una agencia especializada en maternidad subrogada. El monto a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para embarazos múltiples y de alto riesgo.

2.6. Sujetos intervinientes

Los sujetos que intervienen en la maternidad subrogada, según (Flores Ávalos, 2012, págs. 67-68) son:

(...) en una fertilización homóloga los sujetos que intervienen son el padre, la madre, el hijo como resultado y los médicos especialistas; para el derecho este tipo de fertilización no presenta ningún conflicto jurídico. Cuando se empieza a complicar es cuando tenemos fertilización heteróloga, donde los gametos, masculino y femenino, o sólo uno, es aportado por terceros; entonces tenemos, por así decirlo, dos madres, la legal y la genética, o dos padres, el legal y el genético; el hijo tendrá a sus padres legales y tendrá también el derecho a conocer su origen genético. Así mismo interviene el equipo de especialistas que deben ser peritos en la materia y deben tener los permisos correspondientes de la autoridad sanitaria para poder realizar este tipo de servicios a través de un contrato.

Lo descrito, permite advertir la presencia de varias personas vinculadas a la maternidad subrogada.

2.6.1. Padres

Que comprende a la pareja, la misma que según la definición expuesta por (Jouve de la Barreda, 2017, pág. 153), quien refiere:

La maternidad subrogada se refiere a la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o bioparentales del mismo sexo.

De lo descrito, se advierte dos tipos de parejas, a las que el autor los denomina familias naturales y familias monoparentales o bioparentales del mismo sexo, es decir las parejas heterosexuales y las homosexuales.

2.6.1.1. Parejas heterosexuales

Conforme la definición expuesta por la (Real Academia Española, 2014) heterosexualidad es: “1. Inclination sexual hacia otro sexo. 2. Inclination sexual hacia el otro sexo”.

En la maternidad subrogada, la pareja que recurre a ésta técnica de reproducción asistida es una integrada por un varón y una mujer.

2.6.1.2. Parejas homosexuales

La homosexualidad según la (Real Academia Española, 2014) es definida como:

“1. Adj. Dicho de una persona: Inclination sexualmente hacia individuos de su mismo sexo. Adj. Pertenciente o relativa a la homosexualidad o a los homosexuales”.

En éste escenario, la pareja que recurre a la técnica de reproducción asistida es una integrada por dos mujeres o dos varones.

2.6.1.3. Monoparentales

Según la (Real Academia Española, 2014) es: “1. Adj. Dicho de una familia: Que está formada solo por el padre o la madre y los hijos. 2. Adj. Perteneciente o relativo a la familia monoparental”.

Por lo que, en relación a la maternidad subrogada, está referido a la persona varón o mujer que desee tener un bebé.

2.6.2. Mujer gestante

Aquella que no guarda una relación filial con embrión en gestación, así, (Gana Winter, 1998, págs. 852-853) refiere: “Es la mujer que durante nueve meses gesta al embrión en su vientre, para luego dar a luz al niño, sin importar qué origen genético tiene el embrión. El óvulo puede ser aportado por esta mujer, por la mujer que forma parte de la pareja contratante, o bien por un donante ajeno”. Corresponde precisar el rol de la madre gestante es principalmente llevar la gestación, y con posterioridad a ello entregar al niño nacido.

2.6.3. Clínica de fertilidad

Denominado también como centro de reproducción asistida, son aquellas que brindan ayuda médica y profesional a parejas con problemas de fertilidad a fin de lograr la posibilidad de formar familia, gracias a los procedimientos y técnicas realizadas con asistencia médica.

2.6.4. Agencia Facilitadora

Agencia facilitadora, es aquella que empareja a padres con mujer gestante; localiza a donante de óvulos, contacta a clínica de fertilidad para cuidado de embriones, contacta a Abogados para la parte legal, firma de acuerdos para el proceso y velar interés de las partes.

2.7. Compensación económica

La compensación económica es un tema sumamente controvertido, puesto que las posiciones que se exponen son la altruista o voluntaria y la onerosa. Sin embargo, es notoria la dimensión económica que ésta ha adquirido en los últimos años, llegando a ser considerada como una industria en la que se aprovecha de mujeres con bajos recursos económicos, la misma que ha conseguido fuertes críticas ejercidas por colectivos feministas.

Según (Lopez Guzman, 2017, pág. 204) refiere:

Desde distintos sectores se intenta dulcificar el poder de la transacción económica enfocando a una realidad distinta. En concreto, el proceso es mostrado desde la perspectiva de que madres de alquiler y madres receptoras establecen una relación similar a la entrega de regalos entre personas de distintos países. Es decir, las madres de alquiler realizan su trabajo reproductivo como un regalo a las mujeres infértiles de Occidente con el fin de cumplir sus deseos de ser madres. Por su parte, los futuros padres describen sus transacciones económicas como una misión de rescate debido a que sus pagos, a las madres de alquiler, proporcionan el dinero en efectivo necesario para mejorar las escuelas, hogares y artículos de lujo.

Teman, E. citado por el mismo autor, refiere que: En la actualidad no queda ninguna duda de que la maternidad por subrogación es un proceso comercial. Así también se cita

a Rabinowitz, quien refiere que la maternidad por subrogación no es un proceso tan beneficioso económicamente como se suele presentar en los medios de comunicación.

El profesor (Lopez Guzman, 2017, pág. 204) realiza la siguiente precisión:

1) En muchas ocasiones las madres reciben menos dinero del que se indica. Rudrappa y Collins mantienen que la mayoría de las 70 madres de alquiler que entrevistaron en Bangalore habían ganado 4.000 dólares y no los 7.000 a 8.000 que se indicaban en los medios de comunicación.

2) El dinero no es tan efectivo para las madres como se publicitaba ya que al tener que vivir separadas de la familia se generan gastos extras si tienen personas a su atención (menores, ancianos, etc.)

3) Hay una desatención de los hijos (principalmente, si son menores) ya que no pueden estar en contacto con ellos por vivir aisladas. Esta situación puede generar nuevos gastos posteriores.

2.8. Fundamentos Jurídicos de la Maternidad Subrogada

En el ámbito de la maternidad subrogada, es la mujer infértil tiene el derecho fundamental a formar una familia y con ello garantizar el goce de derechos como: el derecho a la familia, derechos reproductivos, derecho de acceso a la salud y tecnología médica.

El fundamento jurídico de la regulación de la maternidad subrogada se encuentra asociado a los siguientes derechos:

Derecho a formar familia, derechos reproductivos, derecho de acceso a tecnología médica; que se desarrollarán a lo largo de la investigación.

Además, se encuentra asociado a atender una problemática real, que debe responder a la pregunta ¿cómo debe determinarse la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida denominada maternidad subrogada? Siendo que la frase mater semper certa est, se ha visto relegada frente a las técnicas de reproducción asistida y dentro de estas con la maternidad subrogada, en la que se reconoce a diferentes tipos de madre, como son: Madre genética, madre gestante y madre voluntaria.

La filiación, según (Pérez Contreras, 2010, pág. 120) es:

El vínculo jurídico que existe entre dos personas en la que una descende de la otra, lo que puede darse como consecuencia de hechos biológicos y/o de actos jurídicos. La filiación es la relación o vínculo biológico entre los integrantes de la familia que es reconocido por el derecho y regulado en la Ley. Este vínculo, la ley le reconoce derechos y obligaciones para las personas unidas por relaciones filiales. En este caso estamos hablando de paternidad y maternidad biológica, la que es reconocida para efectos legales y entonces hablamos de paternidad y maternidad jurídica.

En relación a la filiación que se genera a partir de técnicas de reproducción asistida, debemos tener en cuenta que ella se deriva del caso Artavia Murillo y otros con Costa Rica, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dada la obligatoriedad de esta jurisprudencia al integrar el llamado bloque de la constitucionalidad. En esa oportunidad, se entendió que concepción es sinónimo de anidación, siendo que el término de concepción del Art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos resultaba acorde con un momento en el que no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona).

Al respecto, la Corte IDH admite que, en el marco científico actual, hay dos lecturas bien diferentes del término “concepción”: una corriente entiende por “concepción” el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; y la otra entiende por “concepción” el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última. La Corte IDH entiende que la CADH debe ser interpretada de manera dinámica y, en ese sentido destaca que, a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro (FIV), entendiéndose que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia. En definitiva, para la Corte IDH la existencia de la persona humana **comienza con la implantación del embrión** y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

Por otro lado, corresponde precisar que la manera en que se determina la filiación en los casos de maternidad subrogada, es mediante la sentencia judicial o mediante la adopción.

En el primer caso, la sentencia judicial se emite en cuanto nace el bebé, situación que se presenta en países como Estados Unidos y Canadá. En estos países, las parejas no tienen mayor dificultad en que se les reconozca a ambos como progenitores.

En el segundo caso, solo el padre figura como padre en el respectivo certificado de nacimiento, y no la madre, aún que la carga genética sea de ambos y la madre haya aportado su óvulo; recurriendo con posterioridad a la adopción del bebé por parte de la madre. Esta situación se presenta en escenarios como España.

En el Estado peruano la utilización de la maternidad subrogada o reproducción asistida ha generado demasiados conflictos socio-jurídicos teniendo el caso más reciente y polémico de la pareja chilena Tovar Madueño, donde intervinieron instituciones del Estado peruano como el Poder Judicial , Ministerio Público, Defensoría del Pueblo y el Poder Ejecutivo con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, razón por el cual se presentaron proyectos de ley que aportan a la investigación, teniendo en cuenta los siguientes fundamentos de los siguientes proyectos de ley:

- PROYECTO DE LEY 3404/2018-CR, que considera como fundamento de la maternidad subrogada “ La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 7° e incorporar el artículo 7-A a la Ley N°26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos respecto a que en la actualidad sólo pueden acceder a dicha técnica las personas que presenten el diagnóstico de infertilidad, es decir que la madre genética y la madre gestante sean la misma persona, en consecuencia, dicha modificación regulará el procedimiento cuando terceras personas opten por colaborar con la técnica de reproducción humana asistida, así como el de establecer los requisitos y condiciones a presentar por las partes que voluntariamente accedan a la maternidad subrogada de forma solidaria y sin fines de lucro, a efectos de evitar vicios en el acuerdo contractual, así como evitar la mala praxis por parte de las clínicas y/o hospitales que lleven a cabo estos procedimientos, los mismos que deben contar con los protocolos médicos necesarios, caso contrario serán terceros civilmente responsables de las imprevistos que podrían suscitarse, sin perjuicio de ser sancionados penalmente según corresponda y finalmente evitar así actos de tráfico humano y trata de personas.

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, la condición de madre genética y de madre gestante podrá recaer sobre la misma persona o sobre una tercera persona siempre que los padres de intención presenten problemas de infertilidad como diagnóstico previo, debidamente certificada e informe suscrito por el médico especialista tratante, asimismo la clínica y /o hospital que realice dicho procedimiento de maternidad subrogada deberá cumplir con todos los protocolos de salud con la finalidad de evitar actos de negligencia médica, de no actuar así será considerado tercero civilmente responsable, sin perjuicios de las sanciones administrativas y penales que pudieran resultar.”

- PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 26842, LEY GENERAL DE SALUD, E INCORPORA DISPOSICIONES PARA EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA MÉDICAMENTE ASISTIDA Elaborado por el Ministerio de Justicia Y Derechos Humanos. El cual establece como fundamento para la regulación de la maternidad subrogada lo siguiente “La gestación subrogada La gestación subrogada es la acordada entre una mujer y los cónyuges o convivientes progenitores que expresan su voluntad para tener descendencia, siempre y cuando su condición médica impida llevar la gestación por cuenta propia.

Dicho acuerdo debe ser altruista, voluntario, excepcional y confidencial para terceros. Este no genera ningún tipo de subordinación. Entre el embrión y al menos uno de los progenitores existe correspondencia genética. En ningún caso, la gestante por subrogación es la cedente de los óvulos fecundados.

La identidad de la gestante por subrogación es confidencial para terceros, salvo las excepciones previstas en el reglamento.”

Los proyectos sobre la maternidad subrogada permiten salvaguardar el derecho humano a fundar una familia, así como el derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, siempre que ello no afecte los derechos de terceros.

2.9. Marco Normativo Comparado

Al respecto es importante tener en cuenta el informe de investigación N° 71/2014-2015 elaborado por el Área de Servicio de Investigación del Congreso de la República, del 29 de septiembre de 2014; en el cual se clasifica la regulación, teniendo en cuenta:

- La prohibición de la gestación por sustitución
- Regulación de la gestación por sustitución (comercial y altruista)
- Ausencia de Legislación específica

Cuadro N° 05

Marco Jurídico Comparado de la Maternidad Subrogada		
- Prohibición de la gestación por sustitución		
Alemania	Ley de protección del embrión 745/90 del 13 de diciembre de 1990	Artículo 1.- Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundará artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundará artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.
España	Ley sobre técnicas de	Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el

	reproducción humana asistida 14/2006 del 26 de mayo de 2006	que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero luego del nacimiento. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.
Suiza	Constitución Federal de la Confederación Suiza del 18 de abril de 1999, sustituida el 27 de septiembre de 2009	Artículo 119. Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos. (...) 2. La confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: (...). D. Se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución.
- Regulación de la gestación por sustitución (comercial y altruista)		
Israel	Ley 5746 de 1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución	Esta legislación prevé la filiación mediante adopción. Se prevé que la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal encuentra circunstancias que justifiquen tal acción y si se prueba que se trata del interés superior del niño.
Grecia	Leyes 3089 del 2002 y Ley 3305 de 2005	Artículo 1458.- La transformación de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es medicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de

		<p>salud.</p> <p>Artículo 1459. Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico antes del comienzo de la asistencia médica, que los del comienzo de la asistencia médica, que los gametos congelados o los embriones congelados que no les sirvan a la procreación</p>
Brasil	Mediante Resolución del Consejo Federal de Medicina N° 2.121/2015.	<p>Establece condiciones para llevar el proceso de gestación subrogada.</p> <p>Como la constitución prohíbe el comercio de órganos, pues se considera que debe ser altruista.</p> <p>La madre intencional debe obtener sentencia judicial para que se le reconozca como madre del bebé nacido</p>
Canadá	Permitida por Ley, a excepción de Quebec	<p>Gestación subrogada altruista, Si reembolso de pago generados</p> <p>A todos los modelos de familia</p> <p>Filiación por sentencia Judicial antes del nacimiento</p> <p>No hay intermediarios</p>
Estados Unidos	Cada estado tiene su propia legislación	<ol style="list-style-type: none"> 1. Estados que permiten por ley o jurisprudencia: Nevada, California, Texas, Arkansas, Illinois, Virginia, Florida, Dlalaware, Nueva Jersy, Tennessee y Washington. <p>Gestante elije a futuros padres y luego los padres han de aceptarla o rechazarla.</p> <ol style="list-style-type: none"> 2. Estados que no tienen ley expresa, pero se muestran favorables: Alaska, Oregón, Colorado, Georgia, Idaho, Carolina del Norte, Minnesota, Maryland, Wyoming, Dakota del Norte, Nuevo México, Montana o Rhode Island. 3. Estados cuya ley prohíbe que una mujer geste para otra: <ul style="list-style-type: none"> Michigan y Nueva York sancionan penalmente. Indiana, Kansas, Luisiana o Nebraska consideran nulo el acuerdo de gestación

		subrogada (Contrato no valido, la madre será la gestante)
Ucrania	Código de Familia Artículo 123, punto 2	Entre las condiciones señala: Futuros padres deben ser pareja heterosexual casada Por lo menor el padre aporta espermatozoide Futura madre debe tener una causa medica que le impida llevar embarazo Para la filiación se establece hay dos documentos (certificado de nacimiento con nombre de padre y gestante) y renuncia de gestante
Reino Unido	Ley de Acuerdo de subrogación de 1985 Ley de Fertilización Humana y Embriología del 01 de abril de 2009	Ésta ley sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial que tenga como finalidad la adopción de acuerdos de maternidad subrogada. La práctica es legal cuando es gratuita. Prevé el establecimiento de la filiación del nacido respecto de las personas unidas en unión civil del mismo sexo, que estén registrado
Rusia	Código de Familia Ley Federal de Salud aprobada en noviembre de 2011	Art. 51. 4.- Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o de implantación del embrión se inscribirán en el libro de nacimientos como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los padres que hayan dado su consentimiento por escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gese, solo será inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que haya parido

Fuente: (Organismo Mundial de la Salud, Study Guide 2016)

2.9.1. Especial énfasis a la legislación de Argentina

En relación a la filiación como efecto de la maternidad subrogada, el país de Argentina prevé el reconocimiento de la madre voluntaria, así, es el inciso tercero del Artículo 9 del Código Civil y Comercial, establece:

Tercera. “Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta.” (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación).

Éste artículo establece que la madre legal corresponde una calificación otorgada a la mujer que da a luz al niño.

Por su parte, la Ley 26862 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como su decreto reglamentario 956/2013, siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello se funda en el permiso o regulación de tres cuestiones centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones y 3) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Un detalle a destacar de la Ley 26862 y su reglamentación, es que cubren la necesidad de ser madres o padres a aquellas personas que no pueden procrear por medios naturales.

2.10. Interés superior del niño

El niño es uno de los actores trascendentes dentro de la maternidad subrogada, debido a que es en relación a él que se centra las denominadas técnicas de reproducción asistida; fundamentalmente son los derechos del mismo sobre los que recae la decisión de quienes recurren a dichas técnicas y en específico a la maternidad subrogada.

En éste escenario, corresponde precisar que se entiende por los derechos del niño o del menor; un primer concepto lo expresa (Mendizabal, 1977, pág. 61) quien refiere:

Es un derecho singular, eminentemente tuitivo, que tiene por objeto la protección integral del ser humano, desde su concepción hasta que alcanza, tras su nacimiento, la plena capacidad de obrar, que se inicia con la mayoría de edad, para integrarle armónica y plenamente en la convivencia social.

Por su parte, algunos instrumentos internacionales, tales como la Declaración de Ginebra de 1924, revisada en 1946, contiene siete principios fundamentales referidos exclusivamente a los niños:

- El niño debe ser protegido excluyendo toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.
- El niño debe ser ayudado respetando la integridad de la familia.
- El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material, moral y espiritual.
- El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser asistido; el niño deficiente debe ser ayudado.
- El niño debe ser primero en recibir socorro en caso de calamidad

- El niño debe disfrutar completamente de las medidas de previsión y seguridad social; el niño debe, cuando llegue el momento, ser puesto en condiciones de ganarse la vida, protegiéndole de cualquier explotación
- El niño debe ser educado, inculcándole la convicción de que sus mejores cualidades deben ser puestas al servicio del prójimo.

Así mismo se cuenta con la Declaración de los Derechos del Niño, elaborado por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, en cuyo preámbulo considera que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita de protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento. Del mismo modo, protege y pondera el interés superior del mismo, siendo éste interés el principio rector de quienes tiene la responsabilidad de su educación y orientación.

En atención a lo precisado en la declaración antes mencionada, se pondera el interés superior del niño incluso antes de su nacimiento, situación que en el caso materia de investigación, como es el de la maternidad subrogada, son las personas, ya sean las heterosexuales, homosexuales o monoparentales las que asumen decisiones centradas y pensadas en sí mismas.

Haciendo una diferenciación de situaciones, nos encontramos en escenarios diferentes, cuando estamos frente a:

- Familia
 - o Heterosexual
 - o Homosexuales (En los países que se reconocen jurídicamente)
 - Mujeres
 - Varones
- Parejas
 - o Heterosexuales

- Homosexuales
 - Mujeres
 - Varones
- Condición Monoparental
 - Un varón
 - Una Mujer

Esta técnica de reproducción asistida, estaba orientada a brindar un tratamiento científico a las personas que no pudiesen tener hijos, y de manera específica con la maternidad subrogada brindar a las mujeres infértiles o sin posibilidad de llevar una gestación la oportunidad de poder tener hijos.

Sin embargo la situación se presenta más compleja, si se atiende a las modernas concepciones sobre la maternidad subrogada, como la referida por (Jouve de la Barreda, 2017, pág. 153) para quien la maternidad subrogada se refiere a:

La implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o biparentales del mismo sexo.

Según ésta conceptualización, la posibilidad de tener hijos se extiende de las familias o parejas heterosexuales que por circunstancias antes mencionadas no pueden tener hijos, a las parejas homosexuales o personas en condición monoparental, llegando a ser una sencilla elección de quien desea tener hijos, sin considerar el interés superior de éstos.

CAPÍTULO III

DERECHO A FORMAR FAMILIA DE LA MUJER INFÉRTIL.

3.1. Conceptos preliminares

3.1.1. Familia

La familia es el elemento sustancial del Derecho de Familia –como disciplina jurídica– asimismo es una institución fundamental para el desarrollo de la sociedad.

Según (Gaviao de Almeida J. L., 2008, pág. 11), “Desde el principio la familia viene siendo considerada la expresión social y económica más importante de la sociedad. Social porque es la manifestación, reconocida por la sociedad, de vida social y de reproducción. Económica porque sobre un punto de vista de producción y de consumo, constituye una unidad de consumo. (...)”

La familia, como institución jurídica es tratada por el Derecho de Familia, respecto del cual un sector de la doctrina refiere que formaría parte del Derecho Privado y otro sector refiere que forma parte del Derecho Público. Esta última, afirma que el Derecho de familia tiene aspectos de Derecho Público, debido a la participación del Estado y de algunos de sus órganos -Ministerio Público- en algunos de los procesos; al considerar que la familia es el núcleo de la sociedad y que la mayoría de sus normas son de orden público. Entre los autores que se inclinan por esta posición se tiene a Lafaille, citado por (Belluscio A. , 2004) quien refiere: “El Derecho de Familia, es el conjunto de instituciones jurídicas de orden personal y patrimonial que gobiernan la fundación, la estructura, la vida y la disolución de la familia”

Entre quienes refieren que el Derecho de Familia forma parte del Derecho Civil se tiene a (Zannoni, 1989, pág. 28), quien sostiene: “La familia y las relaciones jurídicas familiares conciernen a situaciones generales de las personas (...).”.

En un sentido privado, se podría definir el derecho de familia, como la rama del derecho privado que se ocupa de las relaciones que se desarrollan entre personas vinculadas por parentesco consanguíneo, con el fin de reglar sus derechos y obligaciones.

3.1.2. La Fertilidad

Según la (Real Academia Española, 2014), la fertilidad es: “Cualidad de fértil”; y la palabra fértil, es entendida en su segunda acepción como: “Dicho de un ser vivo: capaz de reproducirse”.

La capacidad de reproducirse en lo seres humanos, que permite el nacimiento de un nuevo ser vivo.

La fertilidad, para (VIGIL, 2013, pág. 23):

Es un estado biológico transitorio que depende del potencial generativo que posee la pareja humana. Durante la vida de una mujer, el ovario pasa a través de diferentes estados de secreción hormonal y periodos de ovulación. El concepto del ciclo ovárico comprende todos los tipos de actividad ovárica que ocurren durante la vida reproductiva de una mujer, son respuestas a las diferentes condiciones ambientales para asegurar la salud de la mujer y eventualmente del hijo.

La fertilidad, como capacidad del ser humano de reproducirse, se manifiesta mediante la fertilización, la misma que es entendida como el proceso en el cual se fusionan dos gametos para formar el huevo o cigoto a partir del cual se desarrolla el embrión.

3.1.3. La Infertilidad

Según la (Real Academia Española, 2014), es entendida como sinónimo de esterilidad, por tanto, desde la acepción antropológica es definida como la incapacidad de la hembra para concebir y la incapacidad del macho para fecundar.

Es la incapacidad para poder llevar el embarazo o completar un embarazo después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas. Los términos esterilidad e infertilidad en ocasiones son usados de manera similar”.

3.2. Derecho a la Familia

El primer texto internacional en el que se hace referencia en concreto a la familia es la Declaración americana de los Derechos y Deberes del hombre que en su artículo 6 prescribe: "toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". Este derecho a constituir familia equivale al derecho a contraer matrimonio.

La Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, mantiene la misma línea y une expresamente las realidades familia y matrimonio. Así en su artículo 16 se proclama: "1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad, o religión, a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos se podrá contraer matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, en su artículo 12, continúa la dirección marcada por la Declaración Universal indicando, de una forma más concisa, establece: "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de ese derecho".

3.2.1. Antecedentes de la familia

Atendiendo a lo expresado por (Cornejo Chavez, 1884, pág. 16) "La familia no es un fenómeno exclusivo ni principalmente jurídico-legal. Es la primera sociedad a la que ingresa inevitablemente todo hombre, la familia es un complejo de intrincadas imbricaciones, donde confluyen y se interrelacionan factores bio-fisiológicos, ético-religiosos, ético-culturales, económico-sociales, psicológicos y educativos".

La familia es un institución antigua, que el matrimonio monogámico, así, entre los hebreos, habría aparecido recién, a fines del siglo IV siglo de la era cristiana, por su parte los romanos admitía en el matrimonio monogámico diferentes forma, como la *confarreatio*, *coemptio*, *usus* y el *sinemanu*: los germanos admitían la poligamia con el derecho al repudio y posteriormente consintieron el matrimonio monogámico (Rodriguez Iturri, 1990).

Por su parte Morgan, citado por (Rodriguez Iturri, 1990, pág. 58), refiere:

Si se reconoce el hecho de que la familia ha atravesado sucesivamente por cuatro formas y se encuentra en la quinta actualmente, plantease la cuestión de saber si esta forma puede ser duradera en el futuro. Lo único que puede responderse es que puede progresar a medida que progresa la sociedad, que debe modificarse a medida que la sociedad se modifique; lo mismo que ha sucedido antes. Es producto del sistema social y reflejará su estado de cultura. Habiéndose mejorado la familia monogámica desde los

comienzos de la civilización, y de una manera muy notable en los tiempos modernos, licito es, por lo menos, suponerla capaz de seguir perfeccionándose hasta que se llegue a la igualdad entre los dos sexos. Si en un porvenir lejano, la familia monogámica no llegase a satisfacer las exigencias de la sociedad, es imposible predecir de qué naturaleza sería la que le sucediese.

El profesor argentino (Belluscio A. , 2004, pág. 16) refiere:

La familia nace con la aparición del Estado, con la cual deja de pertenecer a la familia el poder político. Su tipo clásico es la familia romana primitiva, sometida a la autoridad del pater familias, antecesor común de todos los integrantes, con poderes muy amplios sobre las personas integrantes de la familia, único propietario de los bienes del grupo, magistrado y sacerdote; comprendía no solo a los descendientes del pater, sino también a sus esposas, a clientes y esclavos.

Desde una perspectiva política, se considera a la familia como el alcance de una etapa evolutiva, asociada a la consolidación del Estado, donde trasciende su función biológica y espiritual para constituirse en una unidad política y económica con funciones de procreación y orientada a brindar educación y asistencia entre sus integrantes.

3.2.2. Características de la familia

Las características de la familia han ido ampliando y variando, a partir de las diferentes concepciones y las épocas.

Se puede considerar a la familia desde un aspecto social, económico, político y cultural, conforme refiere el profesor (Gaviao de Almeida J. , 2008).

Las familias presentan las siguientes características, atendiendo al tipo de familia a la que se refiera, así, el la (Enciclopedia Británica, 2009; pág. 02) se precisa los siguientes tipos de familia:

Familia nuclear, padres e hijos (si los hay); también se conoce como «círculo familiar»;

Familia extensa, además de la familia nuclear, incluye a los abuelos, tíos, primos y otros parientes, sean consanguíneos o afines;

Familia monoparental, en la que el hijo o hijos vive(n) sólo con uno de los padres;

Otros tipos de familias, aquellas conformadas únicamente por hermanos, por amigos (donde el sentido de la palabra "familia" no tiene que ver con un parentesco de consanguinidad, sino sobre todo con sentimientos como la convivencia, la solidaridad y otros), etcétera, quienes viven juntos en el mismo espacio por un tiempo considerable.

3.3. Derecho a formar familia

El derecho a formar familia o a constituir familia, es un derecho reconocido y protegido por el artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutaran de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, y por el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, denominado como Protocolo de San Salvador.

Artículo 15.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado, quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
 - a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
 - b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
 - c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
 - d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

Formar familia es una facultad de las personas y comprende dos aspectos esenciales, el derecho a fundar una familia y la protección del Estado, siendo un derecho que se ejerce u opera de manera independiente del derecho al matrimonio, es decir que pueda o no estar fundado en el matrimonio.

Del derecho a fundar familia se derivan otros derechos, como los previstos en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así: El derecho a contraer matrimonio; derecho a elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio; derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión a su disolución, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores; derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el intervalo entre los nacimientos; mismos derechos respecto de tutela, curatela, custodia y

adopción de hijos; derechos en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de bienes.

El inciso 1 literal e) del artículo 16 establece:

1. e) Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Éste derecho, derivado del derecho a formar familia, se centra específicamente en la decisión de tener hijos, entendida como autonomía reproductiva, “Comprendida como el acceso a la maternidad libre, voluntaria y responsable” (Fuentes Belgrave, 2013).

Por su parte el (Instituto Interamericano de Derechos Humanos & Facio , 2008, pág. 46) refiere:

Una reciente resolución de la Organización Mundial de la Salud, establece que la “autonomía reproductiva no sólo incluye el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, sino que también incluye el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo...

La autonomía reproductiva se encuentra íntimamente asociada con la salud reproductiva, la cual es definida por el (Ministerio de Salud, 2017, pág. 18) como: “Un estado de bienestar físico, mental y social que no consiste solamente en la ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos referentes al sistema reproductivo, sus funciones y procesos”.

Se advierte que la autonomía reproductiva, permite planificar la posibilidad de procrear hijos, tanto de personas que cuentan con dicha capacidad, como de aquellas que tienen limitaciones o dificultades para procrear; éste derecho trasciende y permite recurrir a las diferentes opciones médicas y jurídicas permitidas, entre las que se encuentran las técnicas de reproducción asistida y específicamente al tratarse de mujeres infértiles o sin capacidad de llevar una gestación, recurrir a la maternidad subrogada.

3.3.1. Análisis normativo del derecho a formar familia en el Perú

La primera constitución que otorga reconocimiento normativo a la familia fue la Constitución de Weimar, en éste sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Peruano en el fundamento 05 del expediente número (06572-2006-PA/TC, 2007):

Fue el constitucionalismo de inicios del siglo XX el que por primera vez otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados. Precisamente fue la Constitución de Wiemar (1919) en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Sin embargo, es de precisar que en aquella época se identificaba al matrimonio como único elemento creador de familia. Se trataba pues de un modelo de familia matrimonial, tradicional y nuclear, en donde el varón era "cabeza de familia" dedicado a cubrir los gastos familiares y la mujer realizaba necesariamente las labores del hogar. Dentro de esta tendencia de reconocimiento de protección de la familia, constituciones posteriores a la segunda guerra mundial fueron recogiendo dicha institución, conceptuándola en muchos casos de manera muy similar.

En el caso del Estado peruano, la Constitución de 1933 fue la primera en disponer la tutela de la familia, prescribiendo en el artículo 53 “El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”

3.3.1.1. La Familia en la Constitución Política

A nivel constitucional, los artículos 2 inciso 6; artículos 4; 5; 6; 7 y 24 prevén la tutela y protección de la familia,

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

Artículo 5.- La unión de estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

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

Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (...)

Artículo 24.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual (...)

La protección que el Estado brinda a la “Familia”, se orienta a que este instituto de especial importancia, no sufriendo afectación alguna, puesto que el mismo comprende el derecho a formar familia, la decisión libre y responsable de la pareja a determinar el

número de hijos, los efectos civiles que ello conlleva y los derechos y obligaciones para con los hijos.

En el texto constitucional no se encuentra un concepto jurídico de familia, dejando su conceptualización abierta y de acuerdo a la perspectiva que se adopte. Genéricamente será una comunidad de personas integrada por progenitores e hijos a la que pueden integrarse otras personas según sea las circunstancias.

La familia, comprenderá dos acepciones, desde una perspectiva amplia, comprenderá el conjunto de personas unidas por vínculos de matrimonio, parentesco y afinidad; desde una perspectiva restringida, la familia podría ser 1) Nuclear.- Que comprende aquella que reconoce la filiación entre padres e hijos; 2) Extendida.- Que comprende aquella que reconoce a los concubinos e hijos y a los parientes; 3) Compuesta.- Que comprende tanto a la nuclear, a la extendida y otras personas que no tienen parentesco con el jefe de familia. (Cornejo Chavez, 1884). Sin embargo, el concepto de familia ha experimentado modificaciones muy significativas en el decurso del tiempo, permitiendo configurar algunos tipos de familia, como, familia nuclear, la ampliada, la compuesta, la ensamblada, la homoparental, de acogida y de origen.

3.3.1.2. La Familia en el Código Civil

El artículo 233 del Código Civil, establece: “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”; el presente artículo evita conceptualizar a la familia, se considera que ello obedece a las diferentes formas de constitución de la familia al momento de la dación del Código Civil.

Al respecto, (Ramos Nuñez , 1994) refiere:

Si bien el matrimonio civil, el matrimonio religioso y las formas autóctonas y tradicionales son modos de constitución familiar socialmente reconocidos, exclusivamente el primero tiene eficacia jurídica. Los dos restantes, junto a las uniones de hecho voluntariamente no convertidas en matrimonio, siempre que reúnan ciertos requisitos como la estabilidad, la permanencia durante más de dos años y la carencia de impedimentos legales y persigan fines semejantes a los del matrimonio civil, no originan legalmente familia; lo que hacen es dar lugar a una sociedad de bienes equiparable en parte al régimen de la sociedad de gananciales.

Adicionalmente, el autor antes referidos, señala que en el código civil se hallan seis niveles de familiares, así: 1) La familia constituida por los cónyuges y los hijos menores, conforme lo regulado por los artículo 29 y 244 del Código Civil; 2) La familia conformada por los cónyuges, descendientes y ascendientes (herederos forzosos); 3) La familia conformada por cónyuges, descendientes, ascendientes y hermanos, conforme lo establecido por el artículo 13, 14 y 15 del Código Civil; 4) La familia compuesta por consanguíneos en línea recta, en línea colateral hasta el tercer grado; afines en línea recta, en línea colateral hasta el tercer grado; afines en línea recta, en línea colateral hasta el segundo grado. Excluyendo a los hermanos de la relación familiar, conforme lo establecido en el artículo 242 inciso 1, 2,3 y 4, y 274 inciso 4 y 5; 5) Parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, conforme lo establecido en el artículo 107, 215, 705 inciso 7 y 1367 del Código Civil; 6) Comprende a los que habitan en la misma casa, conforme a lo establecido por el artículo 323 del Código Civil.

Se advierte que la familia se integra por un conjunto de personas, asociadas por diferentes tipos de vínculos, ello hace que se puedan establecer algunos tipos de familia, conforme lo señalado por el Tribunal Constitucional en el expediente 9332-2006-PA/TC, que en su fundamento 8 señala:

En la realidad no existe un acuerdo en la doctrina sobre el nomen iuris de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstruidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son las familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede definirse como la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubinaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa.

De lo descrito se advierte que el derecho a formar familia de acuerdo al código civil, no encuentra restricción alguna, ello se corrobora con lo pronunciado por el Tribunal Constitucional; debido a que en la actualidad se ha ampliado el criterio de familia que obedece a factores sociales y económicos; dejando la familia tradicional integrada por papá, mamá e hijos como la figura principal de las sociedades contemporáneas, puesto que no se puede negar que la sociedad hace vigente las familias no convencionales, integrada indistintamente por abuelos, padres, nietos, tíos, sobrinos, madres y padres solteros, viudos con hijos, parejas en unión de hecho, parejas homosexuales, heterosexuales.

3.3.2. La adopción

La adopción es una institución jurídica de importante relevancia en la sociedad, puesto que ofrece a las niñas y niños y adolescentes la oportunidad de tener una familia.

La adopción inicialmente fue concebida con un carácter altruista, se consideraba como un acto de solidaridad o de caridad con las niñas, niños y adolescentes abandonados, es por ello que el marco jurídico asistencial proporcionaba los mecanismos jurídicos para que los padres adoptantes pudiesen acogerlos e incorporarlos en su familia. Con el

transcurso del tiempo esta concepción fue cambiando hacia una concepción de disfrute de la experiencia de ser padre o madre, asumiendo una concepción más humana y responsable. (Mejía Salas, 2013)

La adopción según Placido Vilcachagua, citado por (Salazar Blanco, pág. 234): “Es un acto jurídico por el cual se establece de manera irrevocable la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza”

Desde la vertiente contractual, (Varsi Rospigliosi, 2011, pág. 217) refiere:

Cornejo Chávez, al analizar la naturaleza jurídica de esta institución, menciona entre otras cosas que para Jossierand se presenta como un contrato “(...) que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación (...)”, es decir, un contrato de derecho familiar, y para Dalloz, como un acto solemne. Sin embargo, tenemos que en esencia la adopción es un acto de voluntariedad y, por lo tanto, un negocio familiar que crea un vínculo legal de familia, *i.e.*, paternidad y filiación.

La adopción en el Perú, se encuentra regulado en el Código Civil en el artículo 377, de la forma siguiente: “Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”; complementariamente el artículo 378 señala los requisitos para la adopción; así mismo, el artículo 379 establece el procedimiento a seguir, el cual se realizará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 782 del Código Procesal Civil, los artículos 378 y 379 del Código del Niño y del adolescente, la Ley 26981 sobre el procedimiento contencioso administrativo de adopción de menores de edad y la Ley 26662 sobre competencia notarial.

En la doctrina española Martínez de Aguirre y Egea Fernández citados por (Torres Fernández, 2003, págs. 56-57) refiere:

(...) la adopción se confirma como subsidiaria para los casos en los que no sea posible reinsertar al menor en su familia biológica, ello se confirma con el contenido del artículo 176.1 del Código Civil, que establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá en cuenta el interés del adoptado y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, lo que implica que la adopción sea la medida más adecuada, con exclusión de otras posibilidades, para la situación concreta del menor

Finalmente, el (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2013) considera que:

“La adopción es **una medida definitiva de protección** de niñas, niños y adolescentes, declarados judicialmente en estado de abandono, quienes tienen el derecho a desarrollarse en el seno de una familia. La adopción es una decisión que permite construir una familia con los mismos derechos y obligaciones que las familias constituidas con vínculos biológicos.

El tema de la maternidad subrogada y la adopción es un tema que se encuentra en análisis por parte de instituciones internacionales, así, la oficina de Buró Permanente de la conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado convocó a una reunión en el año 2010, y en el orden del día abordaba el tema sobre las situaciones entre la maternidad subrogada y la adopción internacional ante el alza de casos que se venían dando, situación que promovió la legislación de la maternidad subrogada. (González Martín , 2012)

La adopción representa una oportunidad tanto para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en estado de abandono y para las personas varón o mujer o parejas heterosexuales, la oportunidad de formar una familia; esta misma oportunidad es la que

tienen las mujeres infértiles, por lo que para tal fin (el de formar una familia) resulta una única opción aparte del de recurrir a la maternidad subrogada.

3.3.3. Marco jurídico comparado de protección del derecho a formar familia

3.3.3.1. España

La constitución Española, aborda la familia al referirse a los principios rectores de la política social y económica, al establecer en el artículo 39 inciso: “1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”

Como se advierte, la protección a la familia se prevé a nivel social, económico y jurídico, ampliando esta protección a los hijos con independencia de su filiación y a las madres sea cual fuere el estado civil.

Lo previsto en la Constitución ha permitido ampliar la percepción de familia, siendo que actualmente se contempla diferentes tipos de familia, que comprende a las heterosexuales, homosexuales y monoparentales.

3.3.3.2. Brasil

La constitución brasileña, en el título VIII al referirse al orden social, en su capítulo VII de la familia, el niño y del anciano, artículo 226 al 230 establece:

(...) al matrimonio civil y otorga al matrimonio religioso efectos civiles, reconoce la entidad familiar como unión estable entre el hombre y la mujer, establece los derechos y deberes entre los cónyuge así como la igualdad entre los mismos, el estado brindará asistencia para cohibir la violencia intrafamiliar, señala el deber de la familia, sociedad y estado para que los niños y adolescentes tengan derecho a la vida, salud, alimentación, educación, respeto, convivencia familiar y comunitaria así como su protección contra toda discriminación, explotación y violencia, regula el respeto de los mayores así como su derecho a la vida, su dignidad y a su participación en la comunidad en general, teniendo una alta protección a la sociedad.

3.3.3.3. Argentina

La protección a la familia está estipulada por la Constitución argentina en el artículo 14 bis, “(...) El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Al referirse a la protección integral de la familia, se le reconoce el carácter de unidad fundamental de la sociedad y el Estado, es por ello que se le otorga un cobertura y protección integral, asociada a protegerla mediante la protección de la vivienda familiar,

el desarrollo personal de sus integrantes, la compensación económica que comprende subsidios a trabajadores, promoviendo la igualdad de derechos de cónyuges.

Conviene precisar que la labor de protección a la familia corresponde tanto al Estado, que interviene en la regulación y el control de los derechos y obligaciones originados de las relaciones familiares, intervención que se realiza a nivel legislativo y judicial; y a la Sociedad, en la que los miembros de la sociedad deben de evaluar si su actuar contribuye a la efectivizar la protección que la norma le impone, absteniéndose de realizar conductas que la afecten.

En el Código Civil y Comercial, el libro segundo es que regula las relaciones familiares, contemplando que la familia puede tener un origen biológico pero que los vínculos jurídicos pueden estar condicionados a situaciones culturales; el título v se refiere a la filiación, estableciendo lo concerniente a la maternidad, a la filiación matrimonial y extramatrimonial; en el libro sexto título iv prevé la filiación por naturaleza y las técnicas de reproducción humana asistida.

La legislación comparada, en relación al derecho a formar familia contempla de similar manera su protección de la familia, y le reconoce diferentes formas de ser conformada, por un lado al referirse a los integrantes de la misma y por otro lado a la forma de acceder a ella, así, en el primer caso se tiene tipos de familias que van desde las nucleares hasta las familias no convencionales, y en segundo lugar se tiene la forma de acceder a una familia, partiendo del derecho de cada persona a decidir formar familia, el momento en que lo desea realizar y la cantidad de hijos que pueda tener.

3.3.4. Derecho a formar familia de las mujeres Infértiles

3.3.4.1. Infertilidad

Para la (Real Academia Española, 2014) el término infertilidad es considerado como esterilidad, así “1. f. Esterilidad”, la misma que es considerada: “1. f. Cualidad de estéril; 2. f. Biol. Incapacidad de macho para fecundar. 3. f. Biol. Incapacidad de hembra para concebir”

Una de las voces más autorizadas al respecto es la (Organismo Mundial de la Salud, 2016) para quien, infértil:

Es la persona que no puede tener hijos; citando a David Adamson refiere: La definición de infertilidad esta ahora escrita de modo que incluye los derechos de todos los individuos para tener familia, incluyendo a hombres solteros, mujeres solteras, hombres gay mujeres lesbianas, trazando una línea para dejar claro que un individuo tiene el derecho de reproducirse tenga o no un compañero sexual.

Entiéndase a la infertilidad como una condición con implicancias psicológicas, económicas y médicas.

3.3.4.2. La infertilidad desde el enfoque jurídico

La infertilidad asociada a la mujer, contempla un tratamiento jurídico al vincular esta deficiencia biológica con el ejercicio del derecho de reproducción y el derecho a formar familia, ello hace que tal situación se tutelada, tanto desde un punto de vista de su tratamiento como parte de políticas de salud y protección de la salud, así como los procedimientos correspondientes para su tratamiento.

El tratamiento de la infertilidad, es asumido a partir de políticas públicas de salud que cobertura una infinidad de enfermedades que adolece la sociedad y de manera específica las mujeres; así:

La ley de Propiedad Industrial (Decreto Legislativo N 823), en el artículo 28 inciso d) No serán patentables las inversiones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo

El Código de los Niños y Adolescente (Decreto Ley N 26102), en cuyo artículo 01 señala que todo niño o adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. Garantizando así la vida del concebido y protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico-mental.

La ley General de Salud (Ley 26842), que en su artículo 07 señala que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestacional recaigan sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Esta es la escasa legislación en relación a infertilidad de la mujer, sin embargo, resulta importante pues a pesar de ser sucinta, cumple con tutelar el derecho a la salud de las mujeres infértiles.

3.3.4.3. La infertilidad desde el enfoque médico

La infertilidad es una enfermedad asociada a la salud reproductiva, siendo definida como: “Aquella caracterizada por la incapacidad de lograr un embarazo clínico después

de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (Organización Mundial de la Salud, 2018).

Ésta enfermedad, si bien no ocasiona la muerte, si ocasiona situaciones carentes de bienestar psicológico y social, la causa de la infertilidad son las infecciones y ocasionan daño en las trompas de Falopio; encontrándonos ante un problema de salud reproductiva, la misma que es atendida en la mayoría de casos por las clínicas médicas, quienes prestan los servicios esenciales para su tratamiento, sin embargo, el tratamiento se sujeta a la capacidad de las pacientes de poder costearlo.

La salud reproductiva, según (Tealdi, 2008, pág. 575):

El concepto de salud reproductiva ha dado lugar a la definición específica de los derechos reproductivos, vinculándolos conceptualmente a los Derechos Humanos y, dentro de estos, al derecho a la salud. Este derecho trasciende la atención oportuna y apropiada de la salud y se extiende a sus determinantes que –en el caso de la salud reproductiva– tienen en el acceso a la educación y a la información dos de sus dimensiones más importantes. Las libertades y los derechos implícitos en los derechos reproductivos incluyen el derecho a controlar la salud y el cuerpo, la libertad sexual y reproductiva, la no coerción, el no verse sometido a tratamientos médicos sin consentimiento y la posibilidad de contar con un sistema de protección de la salud que proporcione igualdad de oportunidades para disfrutar el más alto nivel de bienestar.

3.3.4.4. Causas de infertilidad de la mujer

En relación a la infertilidad de la mujer, hay dos elementos, la edad y la capacidad de gestación, es decir la edad es un factor condicionante de la calidad de óvulos para gestar con que cuenta una mujer, por tanto, mientras más joven es la mujer mayor calidad de óvulos y mayor cantidad de óvulos tendrá. Ello nos permite advertir los tipos de

infertilidad, que según la (Organización Mundial de la Salud, 2018) se divide en primaria y secundaria:

Secundaria. Se embarazó una vez y con posterioridad a dicho embarazo ya no puede volver a embarazarse, es decir tiene fertilidad comprobada, pero la ha perdido. Primaria, cuando nunca ha logrado el embarazo.

Entre las causas de la infertilidad se tiene:

- Infertilidad anovulatoria.

También denominada como síndrome de ovarios poliquísticos:

El síndrome de ovarios poliquísticos es un trastorno endocrino y metabólico heterogéneo, de probable origen genético, influido por factores ambientales como la nutrición y la actividad física. Es considerado, además, como una de las principales causas de amenorrea e infertilidad, pudiendo ocasionar alteraciones metabólicas y cardiovasculares similares a las del síndrome metabólico, con el que coincide en presentar resistencia a la insulina como anomalía metabólica central. (NUÑEZ & BELTRÁN, 2015, pág. 83).

El autor refiere que, entre las principales anomalías hormonales que se hallan en los pacientes, esta, la elevación de los niveles circulantes de hormonas luteinizantes e insulina, lo cual termina provocando en el ovario una atresia folicular (proceso que sufren los folículos consistente en la degeneración y absorción) e incapacidad para la formación de estrógeno (según (LOCIA ESPINOZA & OTROS, 2013) son hormonas esteroideas, y se define por su capacidad de estimular la proliferación celular en el útero) hormona sexual que interviene en la aparición de los caracteres sexuales secundarios femeninos.

Es decir que, la anovulación viene a ser un desorden que se produce en las mujeres en edad reproductiva, debido a los altos niveles de andrógenos en los ovarios poliquísticos, y recibe el nombre de síndrome de ovarios poliquísticos.

- Hiperprolactinemia

Es un trastorno generado por el elevado nivel de la hormona prolactina en la sangre. Dependiendo en el momento en el que se produce, su presencia es positiva o negativa; si la prolactina se produce durante el embarazo, estimulará la generación de leche materna tras el parto; si la prolactina se produce en otras circunstancias, afectará el nivel de hormonas sexuales como el estrógeno en los varones y testosterona en las mujeres. (KLIBANSKI & SCHLECHTE, 2010, pág. 63)

- Hipogonadismo hipogonadotrópico

El que se puede presentar en varones y mujeres, en el caso de mujeres se caracteriza por el fallo gonadal por la alteración que sufre el ovario

También denominado como el síndrome de Morris,

- Ovarios Poliquísticos

Viene a ser uno de los trastornos endocrino (referido al sistema compuesto por glándulas que realizan secreción interna), más frecuentes en las mujeres en edad reproductiva; genera una disfunción ovulatoria y menstrual y con ello la infertilidad. (MEJIAS QUINTEROS, 2015)

- Infertilidad tubárica-peritoneal

Esta referida a la infertilidad producida como consecuencia de la afectación a las trompas de Falopio. Al ser el medio en el cual se desplaza el espermatozoide, producirse la ovulación y fecundación y se ubica el pre embrión en el útero, su

papel en la etapa de la reproducción es muy importante, por lo que al producirse una lesión a las mismas (a las dos) originará la infertilidad, entre las causas que generan su lesión se encuentran, la infección pélvica, cirugía pélvica, apendicitis, malformaciones uterinas, entre otras. (Centro de Infertilidad y Reproducción Humana, n.d.).

- Endometriosis

Enfermedad ginecológica, por la presencia de glandulas endometriales fuera de la cavidad endometrial, es decir, cuando el tejido que cubre la parte interior del útero se encuentra fuera de éste, generando la endometriosis, que influye en la ovulación, obstrucción en la trompa de Falopio y afecta la pelvis. (Restrepo, Endometriosis, Endometrioma e Infertilidad, 2010)

- Infertilidad uterina

Es una enfermedad ginecológica, que también causa la infertilidad; adicionalmente a los factores genéticos, se produce por: “La obstrucción tubárica, la adherencia pélvica y los endometriomas ováricos que distorsionan las relaciones anatómicas y limitan el acceso y movilidad de las fimbrias al ovario (...)”. (Endometriosis, Endometrioma e Infertilidad, 2010)

- Infertilidad quirúrgica

- Infertilidad hormonal

Aquella producida por la alteración en la tiroides, que genera ciclos menstruales anormales, infertilidad subnormal, abortos espontáneos o prematuros, problemas en el embarazo. (Efectos de la Hormonas Tiroideas sobre la funciónn ovárica, 2010)

3.3.4.5. Opciones jurídicas para el derecho formar familia de la mujer infértil

Corresponde precisar que el derecho a formar familia a que se hace referencia, se asocia a su derecho reproductivo, que contempla la posibilidad de la mujer de decidir en qué momento y cuantos hijos desea tener.

Las opciones jurídicas que tiene una mujer infértil para poder formar familia, dependerá del país en el que se encuentre y de la regulación jurídica con que éste país cuente; de manera genérica, la adopción fue la principal opción que se practicaba, sin embargo y debido al avance de la ciencia médica, en la actualidad se puede recurrir a las técnicas de reproducción asistida, de acuerdo a la regulación jurídica de cada país contemple, permitiéndoles realizar diferentes tratamientos, como la fecundación invitro (trasferencia de ovocitos a la trompa de Falopio), Inseminación artificial y la maternidad subrogada.

Generándose un debate en relación a la siguiente interrogante, ¿Quiénes pueden acceder a este tipo de técnicas?, y las respuestas muy discutidas contemplan: las parejas heterosexuales casadas, las parejas heterosexuales no casadas, mujeres solas, parejas homosexuales femeninas, parejas homosexuales masculinas, hombres solos.

Ya sea mediante la adopción o mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, ambas resultan opciones para que la mujer infértil pueda formar familia.

3.3.4.6. Ejercicio del derecho a formar familia de la mujer infértil

El derecho formar familia se encuentra asociado íntimamente con la libre autodeterminación reproductiva, que comprende a su vez, el derecho a ser padre o

madre, a elegir el momento y la cantidad de hijos y a concebir, como tal, se encuentra asociado al derecho de acceder a las técnicas médicas reguladas legalmente.

Uno de los derechos asociados al derecho a formar familia, es el derecho a la autodeterminación reproductiva, el cual ha sido definido por el Tribunal Constitucional en el fundamento 06 del expediente N° 7435-2006-PC/TC como: “el derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad”. En relación al desarrollo de la personalidad, ha sido definido por el fundamento 47 del expediente N° 00007-2006-AI/TC como “un derecho fundamental innominado o implícito que se deriva o funda en el principio fundamental de dignidad de la persona, siendo que (...), como ser moral con capacidad de autodeterminación, implica que deba estarle también garantizado la libre manifestación de tal capacidad a través de su libre actuación general en la sociedad”.

Desde una perspectiva de internacional se cuenta con el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso Artavia Murillo, en el fundamento 150 señala:

Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29. b) de la Convención Americana, 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.

Del cual se desprende que tanto mujer como varón están en libertad de decidir si desean reproducirse y el momento para realizarlo, tienen el derecho a estar informados y tener acceso a todos los métodos de que la ciencia pueda brindar, y los que puedan ser eficaces, asequibles y aceptables a su elección, así como el derecho de acceder a los servicios de atención de la salud.

Los servicios de atención médica, son a los que recurren las mujeres con infertilidad, de entre las diferentes causas de su infertilidad y si esta es primaria o secundaria, le corresponde un tratamiento, siendo uno de estos el que se relaciona con la de poder tener hijos; atendiendo a lo señalado por el Tribunal constitucional y por la Corte Interamericana antes citados, estamos frente a un derecho que permite alcanzar la formación de una familia con un o unos hijos, ese derecho es el del desarrollo de la libre personalidad asociado al derecho a la autodeterminación reproductiva o libertad reproductiva, *el cual permite el 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.

La mujer infértil, puede acceder al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia, acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de reproducción asistida, y tomar las decisiones reproductivas que le correspondan.

La técnica de reproducción asistida representa un avance científico de la medicina, en aras de permitir la procreación y el derecho reproductivo, y contempla a la inseminación artificial, a la fecundación extracorpórea o in vitro y esta última comprende a la maternidad subrogada y clonación.

Se advierte que la ciencia y tecnología médica contempla la maternidad subrogada como una importante opción que permite garantizar el derecho a la autonomía reproductiva y con ello el derecho a formar familia. De modo que puede presentarse una subrogación gestacional, así:

- Subrogación total o gestacional, gestación llevada por una mujer distinta a la que proporciona el ovulo y se le denomina madre gestante, comprende: a) un ovulo donando (ovodonación) y fecundado con espermatozoide (de la pareja de la mujer) mediante fertilización in vitro; b) Donación de embriones.

En uno u otro supuesto, se habla de técnicas de reproducción asistida a la que puede acceder una mujer infértil.

CAPÍTULO IV

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

4.1. Mater Semper certa est

Bajo la primacía de la máxima “Mater Semper certa est”, vigente desde el Derecho Romano, es que se ha edificado la legislación referida a la maternidad, este mismo desarrollo se ha seguido en nuestra legislación civil, específicamente en el artículo 409 “La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”, a fin de dar certeza a la gestación y el parto que implica la maternidad, vinculando de esta manera el embarazo y el alumbramiento.

Al respecto, precisa (Borrajo, 2015): refiere

Así las cosas, en la época romana, la madre y la filiación materna gozaban desde el punto de vista jurídico de certeza, en virtud a la capacidad natural de la mujer de gestar, lo cual significaba que, con respecto a la maternidad eran todas seguridades, solo la mujer podía dar a luz a un niño y la prueba de ello provenía de parte, hecho objetivamente comprobable.

Se puede advertir que la prueba en relación a la maternidad biológica era siempre cierta, y se vincula a la del parto que proviene del vientre de la madre.

Por su parte, (Varsi Rospigliosi, Declaración Judicial de la Maternidad Extraamrimonial, 2003, págs. 54-55) afirma:

El axioma (...) “mater Semper certa est etiam si vulgo conceperit”, nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba

un hecho simple y común: el solo ver en estado de gestante a una mujer, el hijo que luego viéramos llevará en sus brazos entendíamos que era de ella (partus séquitur ventrem).

Se corrobora lo antes mencionado, en el sentido de que el parto representa la prueba de que una mujer gestó a un niño. Sin embargo, se aprecia que el autor se evidencia que, si bien se prueba la gestación, no se prueba la concepción.

4.2. Legislación

En el Perú, la Ley General de Salud es la única que se refiere al tema de la reproducción humana asistida, sin prohibir o regular la maternidad subrogada. Se advierte que existen condiciones, que permiten que la madre genética y madre gestante sean la misma.

La Corte Suprema se ha pronunciado sobre el tema de maternidad y la donación de óvulos; y ha precisado que al no haber una prohibición expresa entonces si sería posible, precisando el principio constitucional que lo que no está prohibido está permitido.

Proyectos de Ley N° 3404/2018-CR. Proyecto de Ley que regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre.

Uno de los iniciales aportes del proyecto de ley, es la incorporación del artículo 7-A de la Ley 26842 (Ley General de Salud):

La maternidad asistida y/o subrogada se realizará con el aporte genético (gameto genético femenino y/o con el gameto genético masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que

voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no sea considerada automáticamente como progenitora.

En caso de que ambos padres de intención sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permiten las técnicas médicas de reproducción humana.

En el artículo 7 se refiere a la filiación:

Los padres de intención deberán suscribir un acuerdo previo de consentimiento vía notarial, con la gestante voluntaria a fin de ser declarados los padres legales en el certificado de nacido cuando el niño nazca, prohibiéndose toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad, conforme lo dispone el último párrafo del artículo 6 de la Constitución Política del Perú.

Los padres de intención se consideran los padres legales desde la transferencia del embrión al útero de la gestante. Por lo tanto, ésta no tiene ningún derecho ni obligación sobre el bebé.

Tampoco será admisible el reconocimiento por una demanda de filiación y/o paternidad entre la gestante voluntaria y el nacido, cuando se haya suscrito un acuerdo contractual entre las partes vía notarial para someterse al procedimiento de reproducción humana asistida.

4.3. Casos

4.3.1. Casación 563-2011

Emitido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú; en fecha 17 de diciembre de 2011.

Cuadro N° 06

Casación 563-2011	
Casación	Infracción normativa sustantiva de los artículos 115 y 128 incisos b) del Código de Niños y Adolescentes; 378 inciso 1) y 5) y 381 del Código Civil.
Materia	Adopción por excepción
Demandante	Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone
Demandado	Isabel Zenaida Castro Muñoz

Fuente: Elaboración propia

El matrimonio de Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, ante los problemas de fertilidad de Dina, recurren a la gestación subrogada, para tal motivo acuerdan con Isabel Zenaida la gestación de un niño que debía ser entregado al momento de su nacimiento. Al nacimiento de niño se registró como Mamá a la gestante y como Papá a su conviviente Paul Frank Palomino (luego del examen de ADN practicado a Giovanni Sansone se confirmó que él era el padre biológico de la niña); motivo por el cual Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone inician un proceso de adopción por excepción.

Se advierte que el acuerdo realizado entre los demandantes Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone e Isabel Zenaida y su conviviente Paul Frank Palomino, para que Isabel Zenaida sea inseminada artificialmente, se realizó con la intención de mejorar su situación y viajar a Italia, esta situación revela que en la concepción los demandados tenían un fin distinto a la maternidad y paternidad; privilegiándose el derecho fundamental del interés superior de la niña.

La parte final de fundamento tercero precisa:

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.

4.3.2. Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05

Tramitado por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima

La parte actora señala que el 21 de enero de 2005, los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau contrajeron matrimonio, y ante la imposibilidad de que Aurora quedase embarazada es que recurrieron a las técnicas de reproducción asistidas, específicamente a la técnica del útero subrogado, procediendo a la fecundación in vitro con un ovulo donado de forma anónima, y luego transfiriéndose los dos embriones fecundados en el útero de la señora Evelyn Betsabe Rojas, con quien se suscribió un acuerdo privado. En fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R, al momento de su nacimiento fueron consignados como hijos de Evelyn Betsabe Rojas y del señor Francisco David Nieves Reyes (atendiendo a la declaración de la señora rojas). Posteriormente iniciaron los trámites para la rectificación del acta de nacimiento ante la RENIEC, entidad que declaro improcedente la solicitud de Francisco David Nieves Reyes (se le declare padre de los menores) y Aurora Nancy Ballesteros Verau (se le declare madre de los menores).

Tramite del proceso.

Cuadro N° 07

Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05	
Materia	Proceso de Amparo
Demandante	Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau Fausto Cesar Lázaro Salecio y Evelyn Betsabé Rojas, y los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R representados por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau
Demandado	RENIEC
Demanda	Los fundamentos jurídicos fueron: Derecho de identidad de los menores y principio de intereses superior del niño
Excepción	Excepción de falta de representación de Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau y Fausto Cesar Lázaro Salecio
Audiencia Oral	Concurrencia solo de la parte actora
Sentencia	Fundada la demanda de amparo Se ordena a RENIEC emita nuevas partidas de nacimientos de los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R

Fuente: Elaboración propia

Uno de los principales fundamentos de la sentencia que refuerza la posición que se propone es el fundamento de 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.

4.3.3. Expediente 2005-2009-PA/TC Derecho a Procrear y Salud Reproductiva.

Tramitado ante Tribunal Constitucional

Cuadro N° 08

Expediente 2005-2009-PA/TC	
Demanda	<p>Amparo</p> <p>Ministerio de Salud se abstenga de:</p> <p>a) iniciar el programa de distribución de la denominada Píldora del día siguiente, en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los que se pretendía su entrega gratuita.</p>

	<p>b) Distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del método de anticoncepción oral de emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.</p> <p>A fin de evitar que se vulnere el derecho a la vida del concebido</p>
Demandante	ONG Acción de Lucha Anticorrupción
Contra	Ministerio de Salud
Resuelve	<p>Fundada la demanda de amparo</p> <p>Autorizándose la distribución de los Anticonceptivos Orales de emergencia legalmente aceptados por el Estado mediante Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA/DGSP siempre que se cumpla con lo contemplado en nuestros fundamentos 46 y 47 de la presente sentencia</p>
Primera Instancia	Ante el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima
Excepción	De Falta de Legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por parte de la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud
Pronunciamiento de primera instancia	Infundada excepciones y fundada en parte la demanda “Se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el tercer efecto del fármaco”
Segunda Instancia	Ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Se apersonan amicus curiae de diversas entidades y organizaciones: Defensoría del Pueblo; Académica Peruana de Salud; Organización Panamericana de Salud; Colegio Médico

	<p>del Perú; DEMUS, INNPARES, PROMSEX; Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA); La Population Research Institute; Cordinadora Naciona Unido por la Vida y la Familia (CANIVIFA); Asociación Nacional de Médicos Católicos.</p> <p>Revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda y reformándola la declara fundada solo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información (...)</p>
--	---

Fuente: Elaboración propia

Las precisiones realizadas por el Tribunal Constitucional, se centran en el Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía, así en el fundamento 2 refiere:

El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente.

Si bien no existe un pronunciamiento en relación a la maternidad subrogada, se advierte que el Tribunal Constitucional de pronuncia en relación al Derecho a la autodeterminación reproductiva, el cual está relacionado al derecho a la procreación y a la salud reproductiva, derechos vinculados al derecho a formar familia.

4.3.4. Caso de maternidad Subrogada - esposos Tovar Madueño

Uno de los casos que ha tenido mayor cobertura por la prensa peruana, ha sido el de los esposos chilenos Jorge Arnaldo Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya, entre los antecedentes tenemos que luego de haber pasado por un proceso de maternidad subrogada, decidieron retornar a su país, pero fueron detenidos en el aeropuerto Jorge Chávez el 25 de agosto de 2018, por la presunta comisión del delito de trata de personas. Lo resaltante para la presente investigación, es el proceso de maternidad subrogada al cual recurrieron los esposos chilenos Tovar y Madueño.

Fueron acusado por el delito de trata de personas en la modalidad de venta de niños, y luego de dictarse la prisión preventiva, la misma que apelada, la primera Sala de Apelaciones del Callao revocó la detención preventiva y se desestimó la acusación, ordenando la inmediata excarcelación de los investigados tras comprobarse la paternidad de Jorge Tovar y que los gemelos se gestaron en Perú mediante maternidad subrogada

Tras una prueba de ADN se conoció que los bebés eran hijos del señor Tovar; los embriones correspondían al señor Jorge Tovar y la señora Rosario Madueño, por tanto, la peruana que llevo la gestación no tiene ningún vínculo parental con los dos bebés nacidos.

4.3.4.1. Entrevista a Abogado Fernando Silva, defensa del Médico Cirujano Luis Noriega Hoces Director de la Clínica Concebir, (Congreso de la República del Perú, 2018)

A la pregunta sobre la investigación que se sigue contra su defendido (Médico Cirujano Luis Noriega Hoces) sobre la comisión del delito de tráfico de niños, refiere: Que, la

Fiscalía ha generado un procedimiento penal en el que investiga a tres personas, a dos ciudadanos chilenos y al Médico Luis Noriega Hoces como un grupo de personas que se dedica a tráfico de personas; cuando en realidad al día de hoy no es así pero nos sometemos al proceso; sin embargo es claro que trata de personas no existe en el caso, porque la trata de personas es un delito que está tipificado, pensado y sancionado hacia aquella persona que se dedica a una sujeción de personas con un fin, como es la explotación laboral, explotación sexual, hasta explotación para obtener órganos de las personas.

A la pregunta, ¿Hubo un apresuramiento por parte del Fiscal y Juez al ordenar su detención cuando ni se había hecho la prueba de ADN? Refiere: No hubo ningún apresuramiento, la fiscalía tuvo un caso porque la gente de migraciones hizo lo correcto; lo que hubo fue una ilegalidad, una arbitrariedad, un prevaricato porque la Fiscalía tenía 7 días para pedir el examen de ADN o por lo menos aceptar el que fue ofrecido de la defensa, sin embargo, no lo hizo y finalmente se dictó 12 meses de prisión preventiva.

A la pregunta, ¿Si había antecedentes y jurisprudencia y porque no lo conocían los Magistrados? Refiere:

Que en algunos Magistrados hay una carga subjetiva de orden religioso, moral, el que quizá no es correcto, no es válido o está mal; carga subjetiva que no pueden ellos tener al momento de impartir justicia.

A la pregunta ¿La fiscal cuestiono a la Enfermera por llevar la gestación subrogada?, refiero, que eso fue así, la misma que continuará con el caso e insistir, puesto que señala que al existir un pago se configura el delito de trata de personas. Lo que ocurrió en el caso es algo natural y que no está prohibido por nuestro país, por ello es diferente la

colaboración con los gastos que implica la gestación subrogada, medicina, tratamiento, mantenimiento de gestación, esto es lo que la fiscal interpreta como un pago.

A la pregunta ¿En nuestro país hace cuanto tiempo que se realiza este tratamiento de reproducción asistida?

Refiere que el Dr. Luis Noriega Hoces brinda tratamiento de este tipo hace 30 años.

A la pregunta ¿Alguna vez se presentó algún problema de éste tipo o detención?

Refiere que: No se presentó un problema penal; ha habido situaciones civiles que han sido resueltas.

4.3.4.2. Entrevista a Abogado Luis Felipe Cortes, defensa de la familia Tovar Madueño, (Glave, 2018)

Después de una serie de decisiones fiscales y judiciales, se deja de lado la tesis de la fiscalía (traficar niños para venderlos en Chile), lo que corresponde fue pedir la cesación de la prisión preventiva al Juez que la otorgo.

¿A la pregunta de si hubo documentos falsos en el Aeropuerto? Refiere que no, los niños tenían sus DNIs porque nacieron aquí, el certificado de la clínica Concebir fue presentado a RENIEC, todos los pasos y protocolos diseñados por la clínica y por el área legal de la clínica fueron seguidos por señores Tovar Madueño; lo que pasa es que es difícil explicarles cómo van a ser estos los nombres de los niños si la mamá no es la que dio a luz, es la lectura más fácil, pero no es así, hay jurisprudencias hay casaciones de la Corte Suprema que la Jueza no tomo en cuenta, y luego el poder judicial tardíamente la saco en un twitter, que dicen que la ovodonación no está prohibida, luego lo que no está regulado como prohibido en Perú está permitido, yo puedo hacer todo lo que no me prohíba la ley y en esa línea se puede perfectamente hacer lo que se hizo; y la

RENIEC tiene también unas disposiciones por un Amparo que existe de que en caso de ovodonación de padres que han participado en estos procesos, tiene que poner el nombre de los padres que se presentan como los papás de los niños.

4.3.4.3. Entrevista a Abogada Chary Rodríguez Cadilla, especialista legal en reproducción asistida (Congreso de la República del Perú, 2018)

A la pregunta de ¿en qué consiste la maternidad subrogada?, hay caso en los que una mujer no puede llevar su propio embarazo por falta de útero, lo pierde, o alguna condición que le impide llevar el embarazo, es que surge este procedimiento, como último vehículo para poder lograr la maternidad.

El procedimiento puede varias, en caso en que una mujer no tiene útero, pero puede tener ovarios y por tanto sus óvulos que se insemina con los espermatozoides resultando un embrión genéticamente de la pareja; Cuando la reserva ovárica no es tan buena y la calidad de óvulos disminuye, entonces se recurre a los bancos de óvulos donados. En el caso Tovar Madueño lo que se presento es que, hubo óvulos de donante anónima inseminados con los espermatozoides del señor Tovar.

En relación a quienes se les considera padres, refiere que hoy en día, la maternidad y paternidad se basa en la **voluntad procreacional**, es decir no es madre necesariamente la que da los óvulos o necesariamente la que lleva el embarazo, sino aquella que tenga el deseo y la voluntad basada en el principio de autonomía y principio de afectividad.

En relación al tiempo en que se bien desarrollando en nuestro país, se precisa la TRA que se viene realizando desde 1978 cuando nació Luis Brown en el Reino Unido; en el Perú se utiliza desde la década del ochenta, con trabajos como la del Médico Luis

Noriega Hoces, el Ginecólogo Ladislao Prezak y el Biólogo Guillermo Llerena trajeron al mundo a Victoria en el año de 1989, niña que llegó al mundo con ayuda de las técnicas de reproducción asistida.

En relación a la pregunta ¿Existe un vacío legal al respecto?, refiere que, se advierte un desfase ante esta situación, el hecho es que hoy en día estas técnicas son una realidad y el Derecho no puede dejar de ver éste tema; un vacío legal podría generar algunos problemas.

Por su parte, la enfermera que ayudó en la gestación de los mellizos de los esposos Tovar Madueño refirió, Que los padres son ellos y que ella fue una colaboradora, que la situación que atravesaron los esposos y los bebés es dolorosa, refiere que los mellizos nacieron el 28 de julio mediante cesárea,

Se ha mencionado que todo se realizó dentro de los parámetros legales y conforme a la ley General de Salud (artículo 7) *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”*.

4.3.5. Entrevistas a especialistas, publicadas en sitio web

4.3.5.1. Entrevista a Dr. Renzo Saavedra (Profesor de Derecho Civil y Derecho y Economía en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Pacifico)

Son tres temas que los que merecen atención desde un aspecto jurídico; **el primero es la autonomía privada**, entendida como poder legal brindado para poder buscar la satisfacción de sus propios intereses mediante la celebración de actos, negocios jurídicos y eventualmente contratos, este poder de hacer lo que se desee siempre y cuando no se altere el orden público y las buenas costumbres; entonces la normativa debería permitirnos buscar la satisfacción de nuestro propio interés, es por ello que corresponde analizar si la maternidad subrogada atenta o contravienen el orden público o las buenas costumbres, al respecto considera que no existe tal afectación, porque el orden público y las buenas costumbres debe ser entendido no solamente a nivel de contexto social, sino justamente enmarcándonos en la línea de derechos que el sistema jurídico nos ha reconocido, como se sabe, la constitución peruana cuenta con los artículos 3 y las disposiciones finales y transitorias que establece que los derechos deben ser interpretados a la luz de los tratados internacionales y de los pronunciamientos de organismos internacionales de los cuales nuestro Estado sea parte integrante.

El segundo tema está referido a lo que vienen diciendo los organismos internacionales en cuanto a la interpretación de los derechos, justamente dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha establecido una línea interpretativa a partir del caso Artavia Murillo versus Costa Rica, en la cual se ha permitido utilizar las técnicas de reproducción asistida como mecanismo mediante el cual se pueda tener

familia, orientando a que los Estados provean alternativas de solución. **El tercer tema es el referido a la filiación**, ello dependerá del caso de maternidad subrogada al que se ha de recurrir, puesto que el servicio que brinda la madre gestante varía. Si hay aporte de óvulos y espermatozoides de la pareja que recurre a la madre gestante o si existe ovodonación, o si la madre gestante es la que dona el ovulo; este último supuesto es el que debe ser previsto, puesto como sucede en Canadá se otorga ciertos derechos, sea para retractarse de acuerdo o para no tener que desvincularse de desarrollo posterior del niño.

Se advierte de lo expuesto por el Dr. Renzo, que los temas a considerarse son la autonomía privada, la línea interpretativa que nos brinda la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el tema de la filiación que obedece al tipo de maternidad subrogada al cual se desee recurrir

4.3.5.2. Entrevista brindada por Dr. Enrique Varsi Rospigliosi (Abogado especialista en Derecho Civil)

A la pregunta, ¿cómo definiría usted maternidad subrogada?, Refiere que la denominación es variada, así, maternidad sustituta, maternidad subrogada y vientre de alquiler, y tiene tipología que la tecnología se ha encargado de establecer, como serían el caso de la embriodonación y la ovodonación; lo que se encuentra es que hay una sustitución en el acto de la gestación es decir termina siendo madre aquella que no necesariamente es la madre genética, es decir que termina pariendo una mujer quien no cedió el ovulo. Este tema hay que abordarlos de acuerdo a su tipología.

A la pregunta de si la maternidad subrogada debería ser materia de regulación legislativa, Responde, que debería tener una regulación en el aspecto filiativo, es decir

¿Cuál es el vínculo parental de aquella persona nacida como consecuencia de las técnicas de reproducción asistida?, ello porque se llega a restringir o limitar ;este acto de libre disposición resulta imposible porque siempre se va a dar; refiere que la forma más efectiva es aclarar cuál es vinculo filiatorio de quien nace de la aplicación de estas técnicas de reproducción asistida.

A la pregunta, ¿teniendo en cuenta que lo señalado en el artículo 7 de la Ley General de Salud, en su opinión se encuentra prohibida la práctica de la maternidad subrogada?, de no ser así, ¿la considera como una prohibición?, refiere que, no la considera como prohibición, porque la ley establece que se puede recurrir a las técnicas de reproducción asistida en caso de infertilidad y que segundo dice que en estas situaciones la madre biológica debe coincidir con la madre genética; en todo caso es un presupuesto limitativo pero no prohibitiva, y atendiendo al principio de legalidad, entonces para el no hay una prohibición y si una limitación pero que finalmente no trae ningún tipo de sanción.

A la pregunta, ¿Qué consideraciones se deberían tener en cuenta para el cambio de legislación? Responde, que no tiene claro si finalmente sea necesario dar una ley, y que tan productivo sea, que la utilidad de la misma debe responder de la casuística, que infertilidad en el Perú no es alta, por lo que las técnicas de reproducción se dan con mayor presencia para extranjero. Que no es partidario de la dación de una ley, lo que sí, es establecer dentro del código civil un sub capitulo en la parte de la sección paterno filial, de la filiación como consecuencia de la procreación médicamente asistida.

A la pregunta, ¿De prohibirse la maternidad subrogada se vulneraría el derecho natural a ser padres y con ello se afectaría a la institución familiar?, refiere que, las técnicas de reproducción asistida , al facilitar el proyecto de vida de una pareja infértil, pero al

mismo tiempo viene transformando a la familia y se deja de lado a la adopción y dar paso a estas técnicas, es del parecer, que más allá de tender a reconocer el derecho a ser padre, que es un derecho natural de la persona, que no requiere estar normado; el hecho de que se limite si sería una limitación a la facultad innata de trascender en la descendencia; el caso de la limitación o prohibición no tendría sentido.

A la pregunta ¿Cuáles cree usted que son las causas que conllevan a la utilización del procedimiento de maternidad subrogada? Refiere que, atendiendo a nuestro medio, considera que principalmente es por una cuestión de fertilidad, cuando la mujer tiene un problema en el útero que le impide gestar, sin dejar de prestar atención al tema económico, aunque mínima, pero hay casos en que mujeres presta su vientre a cambio de una suma de dinero.

A la pregunta, ¿Qué opinión le merece la regla mater semper certa est?, refiere que, la madre siempre es cierta a pesar que la sociedad diga que no es; esta regla que era pétrea y sólida en el Derecho Comparado, es ahora lo menos incierto que hay, lo único cierto que hoy día hay, es la maternidad a través de la prueba de ADN, hoy día uno puede tener una madre genética, una madre biológica y una madre social; entonces esta regla ha quedado desfasada por la utilización de estas técnicas asistidas.

A la pregunta ¿usted considera que el optar por la maternidad subrogada se persigue un fin egoísta y lucrativa?, refiere que pueden haber casos en los que una mujer por ganarse un dinero preste su actividad biológica para que otra mujer pueda ser madre, pero también hay casos en los que no existe una contraprestación económica y el pago sería por los gastos o incomodidades que se generan, atendiendo a la variedad hay casos que si tiene un contenido lucrativo y también hay casos donde está presente el aspecto solidario, altruista, desprendido de la persona para que otro tenga descendencia.

A la pregunta, ¿Cree que de cierto modo debería regularse la maternidad subrogada para evitarse que esto sea algo lucrativo?, refiere que podría ser, pero finalmente la norma en estos casos escaparía de la realidad, porque es del parecer que la jurisprudencia y principios del derecho son los que deben ir encausando y regulando esta materia.

En atención a la sentencia donde la madre sustituta es la abuela materna quien registro a la nacida como su hija, sin embargo la sentencia incoada ordena rectificar la partida de nacimiento de la menor con el fin de consignarse como madre a la genética, ¿Qué opinión le merece esta sentencia?, refiere que ésta sentencia es innovadora en primera instancia, y elevada en consulta por el control difuso; en los autos judiciales no hubo controversia y se presentó prácticamente un allanamiento y resolvió como se debía, es decir consignar como madre a quien lo solicito; esta nos lleva a la pregunta de ¿Cómo debe determinarse la filiación en las técnicas de reproducción humana asistida, en base a criterio de la voluntad, de la intención, del querer, de la causa que la motivo?, en el presente caso la causa de la técnica de reproducción asistida fue que finalmente ese hijo sea de la pareja infértil, así debe determinarse la filiación; y ejemplifica señalando un caso en el que el ovulo fue de una tercera mujer, y si ésta última cedió su ovulo para fecundar con el espermatozoide del esposo de la infértil atendiendo a la causa de que el niño sea de la pareja que solicito en un inicio.

4.3.5.3. Entrevista a Medico Luis Noriega Hoces (Director de Clínica Concebir)

A la pregunta ¿De qué se trata la reproducción asistida?, refiere: Esta área de reproducción en Latinoamérica ha crecido mucho, el Perú no está exento de este crecimiento, El Perú tiene un sitio ordenado en relación a reproducción, existe

tecnología que otros países aún no tiene, la tecnología que se ofrece es la misma que se tiene en Europa y Estados Unidos.

A la pregunta ¿La mujer que no podía tener hijos sufría demasiado y ahora puede ser madre sin tener pareja?, refiere:

El tema de sufrimiento es el que corresponde a cada persona; lo que corresponde a una sociedad como la nuestra es tener un nivel cultura que involucre respeto, bajo ese concepto y ese sentido, los laboratorios de reproducción asumen un compromiso con la sociedad que brinda procedimientos que se mantienen dentro de la ética. El derecho de la mujer es libre e independiente para poder expresar su maternidad, y ello no es novedoso, simplemente es el respecto a la mujer a ser madre; hoy en día se brindan alternativa.

A la pregunta ¿Cuál es la edad promedio para realizar un tratamiento?, refiere: Todas las mujeres pueden ser madres, el problema o los frenos se encuentra en ellas mismas, es un tema de actitud personal frente a situaciones como una mujer que nace sin ovarios pues tiene opciones de optar por un ovulo donado, si se tiene los 40 o 45 años o menos de 5° también puede optar por un ovulo donado, si la pareja no tiene espermias por cualquier problema pues existen los bancos de espermias, si una mujer nace sin útero pero se pudo casar tiene la opción de tener un embrión y recurrir a otra persona bajo el tema de útero subrogado puede llevar su embarazo, finalmente si la naturaleza no lo permite se puede optar por la adopción; el concepto de maternidad o paternidad depende de uno mismo. En relación a que los hijos lleven la carga genética, refiere que el amor no se transmite por un gen, la maternidad y paternidad es querer serlo.

A la pregunta ¿Qué función cumple el hombre en esta parte de lograr el bebe?, refiere: El embarazo es un tema de dos, la calidad de vida es importante, su vida sexual se ve alterada y en la calidad espermática, se trata de inculcar que el hombre es un factor importante y que la calidad de vida influye, sobre cierta edad (40 a 45 años) comienza con disfunción sexual. En el caso de la mujer la edad es un factor condicionante determinante que a partir de 35 años la actividad ovular disminuye en sus condiciones, sin embargo, la parte medica puede ayudar en determinar el tipo de óvulos.

A la pregunta ¿Qué sucede cuando una pareja inicia este tratamiento y no lo logra en la primera oportunidad? ¿Recomienda que sigan con el tratamiento?, refiere: El tema se resumen en la confianza con el Médico, puesto que se busca la mejor alternativa si considera que hay opciones de lograr el objetivo, lo importante es transparentar la información que se necesita; el factor psicológico debe orientarse en la armonía.

A la pregunta ¿Los donantes de óvulos y espermias pasan por un filtro o control de calidad? Refiere: Si se selecciona, se evalúa a los donantes que sea una persona que no fume, no tome bebidas alcohólicas, que no consuma drogas, que no tenga enfermedades, que genéticamente sea normal.

4.3.6. Entrevistas a Jueces especializados en familia de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

4.3.6.1. Entrevista al Juez Cesar A. Espinoza Delgado (Juez del primer juzgado de familia del Cusco)

A la pregunta ¿Señor Juez como define la maternidad subrogada? Responde: la maternidad subrogada viene a ser la gestación de un nuevo ser en el vientre de una

madre portadora, teniendo en cuenta que la pareja que contrata a la madre portadora tiene algún impedimento para llevar la gestación.

A la pregunta ¿Señor Juez la maternidad subrogada debería tener una regulación legislativa? Responde: si debería de tener una regulación mediante una Ley así se evitaría los contratos ilegales sobre el alquiler del vientre materno y así acceder al derecho a la familia.

A la pregunta ¿Señor Juez que consideraciones deberían tomar en cuenta los legisladores para la regulación de la maternidad subrogada? Responde: la regulación legislativa del derecho a la maternidad subrogada tiene que tener en consideración que el contrato siempre se realice con fines altruistas sin ningún resarcimiento económico puesto que los derechos fundamentales no pueden ser objeto de valuación económica, del mismo modo no se puede sacar provecho de la imposibilidad de una persona para concebir a un hijo.

A la pregunta ¿Señor Juez en su labor de administración de justicia alguna vez conoció un proceso sobre maternidad subrogada? Responde: en el distrito judicial del Cusco no se presentan procesos judiciales sobre maternidad subrogada puesto que las clínicas de la ciudad Cusco, no tienen cuentan con las tecnologías reproductivas como lo cuentan la ciudad de Lima, razón por la cual que en el Corte Superior del Cusco no hay procesos sobre el derecho a la maternidad subrogada.

A la pregunta ¿Señor juez de prohibirse la maternidad subrogada en el Perú, se vulneraría el derecho a ser padres y/o el derecho a la familia? Responde: si se estaría limitando a que las mujeres infértiles en el Perú solo tengan la opción de la adopción

para gozar del derecho a la familia, por eso es mi opinión como Juez de familia que debería crearse nuevos derechos para disfrutar el derecho universal a la familia.

A la pregunta ¿Señor Juez la legislación peruana a quienes se considera como padres?

Responde: la legislación peruana considera como padres a los padres biológicos y a los padres por el derecho de adopción.

A la pregunta ¿Señor Juez desde el punto de vista de la función Jurisdiccional debe regularse o prohibirse la maternidad subrogada? Responde: tiene que regularse para no crear un sentimiento de rechazo de las personas que aceptan llevar un embarazo por encargo por medio a un proceso judicial.

A la pregunta ¿Señor Juez tiene conocimiento del proceso judicial de la pareja chilena Tovar Madueño sobre maternidad subrogada? Responde: no tengo conocimiento del proceso judicial debido a la carga procesal que implica la función jurisdiccional.

4.3.6.2. Entrevista al Juez Fredy Ramiro Mendoza Zegarra (Juez del segundo juzgado de familia del Cusco)

A la pregunta ¿Señor Juez como define la maternidad subrogada? Responde: la maternidad subrogada es considerado como la gestación por sustitución, donde una pareja de esposos con problemas de infertilidad contrata a una persona para que en su lugar pueda llevar la gestación de la mujer infértil. La maternidad subrogada es conocida en el derecho comparado con el nombre de gestación subrogada o gestación por sustitución.

A la pregunta ¿Señor Juez la maternidad subrogada debería tener una regulación legislativa? Responde: si debería de regularse mediante una Ley y modificar el libro de

familia del Código Civil. Teniendo en cuenta que actualmente la hay muchos avances tecnológicos para la concepción y posterior formación del derecho a la familia.

A la pregunta ¿Señor Juez que consideraciones deberían tomar en cuenta los legisladores para la regulación de la maternidad subrogada? Responde: el principal fundamento para regular la maternidad subrogada tiene que ser el derecho a la familia y aun con más razón de aquellas personas que tienen la condición de infértiles donde no pueden gozar el derecho a la familia es ahí que el Estado tiene que intervenir asegurando el disfrute de este derecho.

A la pregunta ¿Señor Juez en su labor de administración de justicia alguna vez conoció un proceso sobre maternidad subrogada? Responde: en el juzgado a mi cargo nadie presento ninguna demanda sobre el derecho de la maternidad subrogada o el reconocimiento de este derecho.

A la pregunta ¿Señor juez de prohibirse la maternidad subrogada en el Perú, se vulneraría el derecho a ser padres y/o el derecho a la familia? Responde: si se vulnera el derecho a ser padres puesto que por mandato de la legislación es una función de la familia la reproducción y de prohibirse la maternidad subrogada en nuestro estado atentaría al derecho de las personas de tener formar una familia.

A la pregunta ¿Señor Juez la legislación peruana a quienes se considera como padres? Responde: el Código Civil establece como padres al sujeto que tiene un vínculo de parentesco con sus descendientes por sangre y el parentesco mediante la Adopción.

A la pregunta ¿Señor Juez tiene conocimiento del proceso judicial de la pareja chilena Tovar Madueño sobre maternidad subrogada? Responde: por intermedio de los medios de comunicación se tiene la noticia de muchos procesos sobre la gestación por

sustitución y de manera particular los esposos Tovar Madueño utilizaron la fecundación in vitro o gestación por sustitución el cual les causo problemas judiciales como la privación de su libertad.

4.3.6.3. Entrevista al Juez Edwin Romel Béjar Rojas (Juez del tercer juzgado de familia del Cusco)

A la pregunta ¿Señor Juez como define la maternidad subrogada? Responde: la maternidad subrogada es cuando una mujer lleva el embarazo de otra mujer que está imposibilitado por diferentes causas, es por eso que se le conoce como las madres en alquiler o vientres de alquiler.

A la pregunta ¿Señor Juez la maternidad subrogada debería tener una regulación legislativa? Responde: si debería tener una regulación legislativa para evitar muchos procesos judiciales, teniendo en cuenta que es un vacío legal que esta originado altos en pro de la sociedad o en contra de esta como el tráfico de niños.

A la pregunta ¿Señor Juez que consideraciones deberían tomar en cuenta los legisladores para la regulación de la maternidad subrogada? Responde: la regulación de la maternidad subrogada tiene que tener en cuenta el principio de inalienabilidad de los derechos fundamentales, quiere decir que este contrato de la maternidad subrogada tiene que ser gratuito y teniendo siempre en cuenta el derecho a la familia y el principio superior del niño.

A la pregunta ¿Señor Juez en su labor de administración de justicia alguna vez conoció un proceso sobre maternidad subrogada? Responde: en el departamento del Cusco no se puede ver procesos judiciales sobre el derecho de maternidad subrogada, ya que es un derecho moderno y la población esta desinformada sobre este derecho.

A la pregunta ¿Señor juez de prohibirse la maternidad subrogada en el Perú, se vulneraría el derecho a ser padres y/o el derecho a la familia? Responde: la constitución política del estado peruano establece en su art. 4 el derecho a la familia reconociendo a este como una institución natural y fundamental de la sociedad y el estado peruano tiene que otorgar todos los mecanismos para poder gozar el derecho a la familia.

A la pregunta ¿Señor Juez la legislación peruana a quienes se considera como padres? Responde: se considera padres a los padres biológicos y a los padres por adopción.

A la pregunta ¿Señor Juez desde el punto de vista de la función Jurisdiccional debe regularse o prohibirse la maternidad subrogada? Responde: debe regularse el derecho a la maternidad subrogada porque esto permitirá que muchas personas puedan cumplir el deseo de tener una familia con ayuda del avance tecnológico en la medicina.

A la pregunta ¿Señor Juez tiene conocimiento del proceso judicial de la pareja chilena Tovar Madueño sobre maternidad subrogada? Responde: que teniendo en cuenta que es un derecho moderno la maternidad subrogada no tengo conocimiento del proceso judicial de la pareja chilena Tovar Mdueño sobre maternidad subrogada.

4.3.6.4. Entrevista al Juez Rómulo Víctor Velasco Chávez (Juez del cuarto juzgado de familia del Cusco)

A la pregunta ¿Señor Juez como define la maternidad subrogada? Responde: viene a ser un embarazo por encargo, quiere decir es el hecho que una mujer puede llevar en su vientre la gestación de otra mujer infértil, convierte a la segunda en una madre por subrogación.

A la pregunta ¿Señor Juez la maternidad subrogada debería tener una regulación legislativa? Responde: si debería de regularse mediante una ley especial para garantizar el goce del derecho a la maternidad y el derecho a la familia de las mujeres en el Perú.

A la pregunta ¿Señor Juez que consideraciones deberían tomar en cuenta los legisladores para la regulación de la maternidad subrogada? Responde: el Poder Legislativo tiene que tener en cuenta la institucional natural de la familia y su trascendencia importancia en la sociedad y del mismo modo los siguientes principios: el principio de uso de métodos científicos para la concepción, el principio de libre desarrollo de la persona y el principio a formar una familia.

A la pregunta ¿Señor Juez en su labor de administración de justicia alguna vez conoció un proceso sobre maternidad subrogada? Responde: en todos los años como juez en el módulo de familia nunca se me presento un proceso sobre maternidad subrogada o derechos similares a ese derecho.

A la pregunta ¿Señor juez de prohibirse la maternidad subrogada en el Perú, se vulneraría el derecho a ser padres y/o el derecho a la familia? Responde: el derecho es una ciencia social dinámica, cambiante y con el avance de la tecnología médica se están generando nuevas maneras de adquirir el derecho a la familia y si el derecho no se adecuada al principio del desarrollo social no tendría su razón de ser por eso si se afecta el derecho fundamental de las personas a formar una familia.

A la pregunta ¿Señor Juez la legislación peruana a quienes considera como padres? Responde: el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes considera como padres a los que tienes un parentesco consanguíneo (padres e hijos) y parentesco especial conocido como la adopción (padre o madre adoptiva).

A la pregunta ¿Señor Juez desde el punto de vista de la función Jurisdiccional debe regularse o prohibirse la maternidad subrogada? Responde: debe regularse puesto que es un vacío legal que está generando procesos judiciales sobre el derecho del recién nacido.

A la pregunta ¿Señor Juez tiene conocimiento del proceso judicial de la pareja chilena Tovar Madueño sobre maternidad subrogada? Responde: si puesto que es el proceso judicial que origino que la sociedad y el Poder Judicial tengan énfasis en la práctica de los contratos de alquiler de vientre, y tal práctica no está prohibido en el Perú por el principio de lo que no está prohibido está permitido.

CAPÍTULO V

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. Resultados de estudio

En el presente capítulo, corresponde remitirnos a los problemas y objetivos de investigación planteados en el proyecto de investigación, los cuales son:

Problema General

- ¿Por qué la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú?

Problemas Específicos

- ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú?
- ¿Cuáles son las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia?
- ¿Cuál es el marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado?

Objetivo General

- Identificar los motivos por los que la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú

Objetivos Específicos

- Establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú.
- Señalar las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia.

5.2. De los problemas planteados y de los objetivos propuestos

5.2.1. Fundamentos Jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú

Analizaremos previamente nuestros problemas y objetivos específicos, para enlazarlos con el problema y objetivo general y finalmente con las hipótesis propuestas.

El primer problema específico planteado es: **¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú?** , el cual guarda coherencia con el primer objetivo específico.

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú?	Establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en el Perú
---	---

Los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada han sido analizados en el Capítulo II ítem 2.8, 3.1.2 y Capítulo IV de esta investigación, para explicar el tema se ha recurrido a doctrina extranjera y nacional, entre las cosas que describió están:

Los fundamentos jurídicos se encuentran íntimamente vinculado con el derecho a formar familia de una persona, en la presente investigación es el derecho a formar

familia que le asiste a las mujeres infértiles, derecho del cual se derivan otros derechos como el de procreación y el de salud reproductiva.

El derecho a formar familia o a constituir familia, es un derecho reconocido y protegido por el Artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”, y por el Artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, denominado como Protocolo de San Salvador.

Artículo 15.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar

Del derecho a fundar familia se derivan otros derechos, como los previstos en el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) así, el inciso 1 literal e del artículo 16 establece:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el

número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Éste derecho, derivado del derecho a formar familia, se centra específicamente en la decisión de tener hijos, entendida como autonomía reproductiva, “Comprendida como el acceso a la maternidad libre, voluntaria y responsable” (Fuentes Belgrave, 2013).

Por su parte el (Instituto Interamericano de Derechos Humanos & Facio , 2008, pág. 46) refiere:

Una reciente resolución de la Organización Mundial de la Salud, establece que la “autonomía reproductiva no sólo incluye el derecho a decidir el número y espaciamiento de los hijos, sino que también incluye el derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo (...)

La autonomía reproductiva se encuentra íntimamente asociada con la salud reproductiva, la cual es definida por el (Ministerio de Salud, 2017, pág. 18) como: “Un estado de bienestar físico, mental y social que no consiste solamente en la ausencia de enfermedades o dolencias en todos los aspectos referentes al sistema reproductivo, sus funciones y procesos”. Se advierte que la autonomía reproductiva, permite planificar la posibilidad de procrear hijos, tanto de personas que cuentan con dicha capacidad, como de aquellas que tienen limitaciones o dificultades para procrear; éste derecho trasciende y permite recurrir a las diferentes opciones médicas y jurídicas permitidas, entre las que se encuentran las técnicas de reproducción asistida y específicamente al tratarse de mujeres infértiles o sin capacidad de llevar una gestación, recurrir a la maternidad subrogada.

5.2.2. Alternativas para ejercer el derecho de familia

El segundo problema específico planteado es: **¿Cuáles son las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia?** , el cual guarda coherencia con el segundo objetivo específico.

¿Cuáles son las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia?

Señalar las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia.

Las alternativas que la legislación civil brinda a las mujeres infértiles para que puedan ejercer el derecho a formar familia ha sido analizados en el Capítulo III ítem 3.4.2 de esta investigación, para explicar el tema se ha recurrido a doctrina extranjera y nacional, entre lo señalado se tiene:

La adopción inicialmente fue concebida con un carácter altruista, se consideraba como un acto de solidaridad o de caridad con las niñas, niños y adolescentes abandonados, es por ello que el marco jurídico asistencial proporcionaba los mecanismos jurídicos para que los padres adoptantes pudiesen acogerlos e incorporarlos en su familia. Con el transcurso del tiempo esta concepción fue cambiando hacia una concepción de disfrute de la experiencia de ser padre o madre, asumiendo una concepción más humana y responsable.

Desde un punto de vista jurídico, la adopción según es un acto jurídico por el cual se establece de manera irrevocable la relación paterna filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Desde la acepción contractual y se ha mencionado que se presenta como

un contrato que crea entre dos personas relaciones puramente civiles de paternidad o maternidad y de filiación, es decir, un contrato de derecho familiar.

La adopción en el Perú, se encuentra regulado en el Código Civil en el artículo 377, de la forma siguiente; complementariamente el artículo 378 señala los requisitos para la adopción; así mismo, el artículo 379 señala el procedimiento a seguir con arreglo a lo dispuesto por el artículo 782 del Código Procesal Civil, los artículos 378 y 379 del Código del Niño y del adolescente, la Ley 26981 (Ley de Procedimiento Contencioso Administrativo de adopción de menores de edad) y la Ley 26662 (Ley sobre competencia notarial).

La adopción representa una oportunidad tanto para los niños (as) y adolescentes que se encuentran en estado de abandono, así como para las personas o parejas heterosexuales que deseen formar familia (en cualquiera de los casos comprende también a las mujeres infértiles); legalmente la adopción representa hoy en día la única opción que brinda el código civil para ejercer el derecho a formar familia de las mujeres infértiles.

5.2.3. Marco Normativo de la Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado

El tercer problema específico planteado es: **¿Cuál es el marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado?** , el cual guarda coherencia con el tercer objetivo específico.

¿Cuál es el marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado?

Describir la regulación de los derechos de incidencia colectiva en la legislación comparada

El marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado ha sido descrito en el Capítulo II ítem 2.9 de esta investigación, para explicar el tema se ha recurrido a doctrina extranjera y nacional, entre lo señalado se tiene:

La legislación comparada en relación a la maternidad subrogada o gestación por sustitución, contempla tres escenarios legislativos, así tenemos:

- i) Legislación comparada que se refiere a la prohibición de la gestación por sustitución; como es el caso de España.
- ii) Legislación comparada que regula la maternidad subrogada o gestación por sustitución (comercial y altruista); como es el caso de Estados Unidos y Canadá respectivamente
- iii) Legislación comparada que no regula la maternidad subrogada o gestación por sustitución (ausencia de legislación específica); como es el caso de Perú.

5.2.4. Del problema general y objetivo general

¿Por qué la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú?, el cual guarda coherencia con el objetivo específico.

Dar respuesta a la principal interrogante planteada en el proyecto de investigación, que a la vez constituye el objetivo general de ésta tesis, es lo que permitirá demostrar nuestra hipótesis.

¿Por qué la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú?

Identificar los motivos por los que la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú

El marco normativo de la maternidad subrogada en el Derecho Comparado ha sido descrito en el Capítulo II ítem 2.8 de esta investigación, para explicar el tema se ha recurrido a doctrina extranjera y nacional, entre lo señalado se tiene:

Los motivos por los que la maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú, han sido descritos a lo largo del contenido de ésta investigación, los cual son de orden jurídico y de orden científico médico.

Los motivos de orden jurídico, están representados por todo el marco normativo de carácter internacional y de Derecho comparado, entre los que se encuentran:

- El artículo 16.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- El artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, sociales y Culturales, denominado como Protocolo de San Salvador
- El artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

A ello se suma el pronunciamiento existente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha establecido una línea interpretativa a partir del caso Artavia Murillo versus Costa Rica, orientando a que el Estado brinde las facilidades a las personas que lo deseen.

Todo lo antes mencionado sirve de sustento jurídico a los motivos de orden científico médico, representado por los aportes científicos a la ciencia médica, que de manera específica permite atender la salud reproductiva de las personas brindando el acceso a las técnicas de reproducción asistida.

La maternidad subrogada permite garantizar el derecho a formar familia de las mujeres infértiles en el Perú, porque además representa una opción más junto a la adopción, al ser una técnica de reproducción asistida que mediante el uso de tecnología médica posibilita que las mujeres que adolecen de alguna alteración o deficiencia biológica a nivel reproductivo (infértiles), puedan tener un hijo (a) y con ello garantizar su derecho a formar una familia.

.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La maternidad subrogada es una práctica vigente en nuestro país, por lo que su regulación debe orientarse a proteger y garantizar los derechos de los nacidos, de la madre que lleva la gestación y quienes contratan estos servicios; por lo que la seguridad jurídica con que se ha de revestir, debe contemplar procedimientos en los que intervengan instituciones del poder Ejecutivo, el Notario y el órgano Jurisdiccional.

SEGUNDA

Existen motivos de orden jurídico, representados por la normativa internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y por un marco normativo de Derecho Comparado, que tutelan el derecho a la salud reproductiva y el derecho a fundar familia; aunado a los motivos de orden médico científico, entre los que se encuentran el acceso a las técnicas de reproducción asistida; son los que permiten brindar a las mujeres infértiles en el Perú, una importante opción tener hijos y formar una familia.

TERCERA

La regulación de la maternidad subrogada en el Perú, resulta de trascendental importancia porque su práctica es cada vez más frecuente y como existe un vacío legal en nuestro ordenamiento jurídico civil; su regulación que ha de sustentarse en la teoría de la **voluntad procreacional**, que relega al principio “mater semper certa est” (hasta ahora vigente en nuestro Derecho Civil), frente a las técnica de reproducción asistida como la maternidad subrogada, la misma que brinda una

nueva terminología que ha de diferenciar a la madre genética, madre gestante y madre voluntaria.

CUARTA

La descripción realizada de la regulación de la maternidad subrogada por el Derecho Comparado ha permitido advertir las posiciones que asumen los países en relación a éste tema, pero al mismo tiempo nos orienta a entender el tema y ver lo más conveniente a nuestra realidad peruana.

RECOMENDACIONES

PRIMERA.

Frente a la práctica vigente de la maternidad subrogada en nuestro país y a fin de tener un control y revestirlo de seguridad jurídica se recomienda al Poder Legislativo representado por el Congreso de la República, su inmediata regulación.

SEGUNDA

Se recomienda al Poder Legislativo y Poder Ejecutivo que la norma jurídica sobre maternidad subrogada debe guardar coherencia con el orden público referido al Derecho de Personas y Derecho de Familia, es decir, permitir que la maternidad subrogada sea practicada por mujer infértil o con imposibilidad comprobada medicamente de llevar la gestación, cuando se trate de una pareja y que la misma este conformada por una mujer y un varón.

TERCERA

Que los acuerdos contenidos en los contratos de maternidad subrogada deben ser gratuitos, exigibles y mediante un proceso especial; inspirados en el principio de solidaridad y altruismo y siempre que se trate de una mujer infértil.

CUARTA

Que, el rol del Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Salud, del Notario en la celebración del contrato de maternidad subrogada y del Poder Judicial en los casos sometido a su jurisdicción, debe orientarse a brindar las facilidades a fin de registrar

en el certificado de nacido vivo a la madre infértil o que no pueda llevar la gestación.

BIBLIOGRAFÍA

06572-2006-PA/TC, 06572-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional 06 de Noviembre de 2007).

Bagnarello Gonzáles, F. (s.f.). <http://www.corteidh.or.cr>. Recuperado el 12 de Junio de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr>: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34626.pdf>

Belluscio, A. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: ASTREA.

Belluscio, A. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Astrea.

Borrajo, M. (2015). La Maternidad Subrogada, Una Técnica de Reproducción Asistida más? *Revista Electronica del Instituto de Investigación Ambrosio L. Gioja N° 14*, 39.

Centro de Infertilidad y Reproducción Humana, S. (s.f.). *CIRH*. Obtenido de www.cirh.es: <https://www.cirh.es/fertilidad-faq/factor-tubarico/#diagnostica>

Congreso de la República del Perú. (10 de Septiembre de 2018). *Voz Ciudadana: Maternidad subrogada en el Perú*. Obtenido de Archivo de video: <https://www.youtube.com/watch?v=KN4AG29f5I8>

Cornejo Chavez, H. (1884). Familia y Derecho. *Revista de la Universidad Católica*, 15-16.

Delgado Madrigal, K., & Arias Ramirez, B. (s.f.). [www.corteidh.or](http://www.corteidh.or.cr). Recuperado el 11 de Junio de 2019, de [www.corteidh.or](http://www.corteidh.or.cr).: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r34625.pdf>

Efectos de la Hormonas Tiroideas sobre la función ovárica. (2010). *Revista SAEGRE N° 02*, 11-17.

Emaldi Cirión, A. (2002). *Legislación sobre el Genoma Humano en España*. Mexico: UNAM.

Emaldi Cirion, A. (2002). *Legislación sobre El Genoma Humano en España*. Mexico: UNAM.

- Fernandez Sessarego, C. (1986). *Derecho de las Personas*. Lima: Librería Studium Editores.
- Flores Ávalos, E. (2012). Derechos de los Sujetos que participan en la Reproducción Asistida. En I. Brena Sesma, *Reproducción Asistida* (págs. 63-84). Mexico: UNAM.
- Fuentes Belgrave, L. (2013). Afirma la Autonomía Reproductiva en la Disidencia Religiosa. *Revista de Ciencias Sociales N 45*, 59-74.
- Gana Winter, C. (1998). La Maternidad Gestacional Cabe Sustitución? *Revista Chilena de Derecho*, 851-866.
- Gaviao de Almeida, J. (2008). *Derecho Civil Familia*. Rio de Janeiro: Elsevier.
- Gaviao de Almeida, J. L. (2008). *Derecho Civil Familia*. Rio de Janeiro: ELSEVIER.
- Glave, M. (07 de septiembre de 2018). *Necesitamos regular el embarazo subrogado en el Perú*. Obtenido de Archivo de video: Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=EVxioPjBdK4>
- González Martín , N. (2012). Maternidad Subrogada y Adopción Internacional. En I. Brena Sesma, *Reproducción Asistida* (págs. 163-193). Mexico, D.F.: UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/1.pdf>
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, & Facio , A. (2008). *Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos*. San Jose de Costa Rica: ASDI.
- Jouve De La Barreda, N. (2017). Perspectivas Biomédicas de la Maternidad Subrogada. *Cuadernos de Bioética* , 153-162.
- Klibanski, a., & Schlechte, J. (01 de Enero de 2010). *Doi.org*. Obtenido de [academic.oup.com: https://doi.org/10.1210/jcem.95.1.9988](https://academic.oup.com/academic.oup.com/https://doi.org/10.1210/jcem.95.1.9988)
- Lamm, E. (2012). *Gestación por Sutilución*. Barcelona: Publicaciones i Ediciones de la Universidad de Barcelona.
- liuben100. (01 de Octubre de 2011). *ENTREVISTA DR. ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI*. Obtenido de liuben100: Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=vXfqzkK1g-o>
- Lucia Espinoza, j., & otros. (2013). El Papel de los Estrógenos y sus receptores en la prevención y promoción de enfermedades proliferativas de la galndula prostatica. *Neurobiología*, 1-23.

- Lopez Guzman, J. (2017). Dimensión Económica de la Maternidad Subrogada (Habitaciones en Alquiler). *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 199-218.
- Mejía Salas, P. (2013). Institución Jurídica de la Adopción en el Perú. *Vox Iuris de la USMP*, 157-170.
- Mejías Quinteros, M. (2015). Síndrome de Ovarios Poliquísticos e Infertilidad. Opciones de Tratamiento. *Rev. Obstet. Ginecol*, 269-279. Obtenido de <http://www.scielo.org.ve/pdf/og/v75n4/art07.pdf>
- Mendizabal, O. L. (1977). *Derecho de menores*. Madrid: Pirámide.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2013). *Cuadernos sobre Poblaciones Vulnerables N° 3*. Lima: MMPV.
- Ministerio de Salud. (2017). *Normas Técnicas de Salud de Planificación Familiar*. Lima: Macole.
- Morán, D. C. (2005). *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*. Lima: Ara Editores.
- Mosquera Vasquez, C. (1997). *Derecho y Genoma Humano*. Lima: San Marcos.
- NUÑEZ, E., & BELTRÁN, B. (2015). Transtorno Anovulatorio, Un enfoque actualizado de las necesidades de la población. *Rev Med Hondum*, 82-89.
- Organización Mundial de la Salud. (05 de Diciembre de 2018). *who.int*. Obtenido de [who.int:
https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf](https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf)
- Organismo Mundial de la Salud. (2016). *Study Guide UC3MUN 2016*. Madrid: ANUDI .
- Organización Mundial de la Salud. (2019). *www.who.int*. Obtenido de [www.who.int:
https://www.who.int/topics/infertility/es/](https://www.who.int/topics/infertility/es/)
- Pérez Contreras, M. (2010). *Derecho de Familia y Sucesiones*. Mexico: Nostra.
- Ramos Nuñez , C. (1994). La Idea de Familia en el Código Civil Peruano. *Themis*(30), 97-107.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*.
- Restrepo, G. A. (2010). Endometriosis, Endometrioma e Infertilidad. *Revista Med N° 18*, 197-209. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/med/v18n2/v18n2a06.pdf>

- Restrepo, G. A. (2010). Endometriosis, Endometrioma e Infertilidad. *Revista Med N 18*, 197-209. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/med/v18n2/v18n2a06.pdf>
- Rodriguez Iturri, R. (1990). Familia, Derecho e Historia. En F. De Trazegnies Granda, R. Rodriguez Iturri, & C. Cardenas Quiros, *La Familia en el Derecho peruano* (págs. 45-64). Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Salazar Blanco, G. (2003 N° 4). Naturaleza Jurídica de la Adopción y Reflexiones acerca de su Irrevocabilidad: Una visión desde los derechos específicos del niño. *Foro Jurídico*, 234-243.
- Tealdi, J. (2008). *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogota: UNESCO.
- Torres Fernández, M. (2003). *El tráfico de niños para su "adopción" ilegal*. Madrid: Dykinson.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2001). *Derecho Genético*. Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2003). "Declaración Judicial de la Maternidad Extraamrimonial". En W. Gutiérrez Camacho, *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Derecho de Familia* (págs. 54-55). Lima Perú: Gaceta Jurídica.
- Veiga, A. (2015). La Reproducción Asitida: Treinta años después del nacimiento de Victoria Anna. *Cuadernos de la Fundación Victor Grifols i Lucas 35*, 11-17.
- Vigil, P. (2013). *La Fertilidad de la Pareja Humana*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Zannoni, E. (1989). *Derecho de Familia*. Buena Aires: Astrea.

ANEXOS

ANEXO 01

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL PERMANENTE SENTENCIA CAS. N° 563-2011 LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

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

1. MATERIA DEL RECURSO:

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

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

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

3. CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concurra 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 demanda de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. ii) los demandados contestan la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; iii) tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: a) con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica doña Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; b) que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que “las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”; c) que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; e) no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; iv) la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los

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

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 (...)

Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil¹; 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 Civil²; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”, principio que guarda relación con la Constitución Política del Perú que asumiendo el principio protector del niño y del adolescente ha señalado en su artículo 4 que la comunidad y el estado protegen especialmente al niño y al adolescente; asimismo se encuentra consagrado en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; y cuenta con legislación supranacional que regula los derechos del niño en el mismo sentido otorgándole un tratamiento especial, las que también constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes; tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 25 reconoce el principio de protección especial al señalar que la infancia tiene derecho a cuidados especiales; asimismo la Declaración Americana sobre Derechos Humanos que ha reconocido en su artículo 19 que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado.-----

SEXTO.- Que, debe entenderse por Interés Superior del Niño como la plena satisfacción de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y la calidad o nivel de vida adecuado (artículo 27.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños) el cual nos trae como consecuencia que, en virtud del mismo, los derechos del niño y la niña deban ser interpretados

¹ 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. (...)

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

sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección de los mismos; pues el mismo permite resolver “conflicto de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto, luego de haberse establecido la imposibilidad de satisfacción conjunta; siendo los dos parámetros que enmarcarán el presente pronunciamiento.-

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

Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos

suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008- MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su 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 Sansone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); " (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, 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

mar/igp

ANEXO N°02

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

EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

JUEZ : HUGO VELASQUEZ ZAVALETA

ESPECIALISTA : RAULTAÍPE SALAZAR

DEMANDANTE : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS DEMANDADO

: RENIEC

MATERIA : PROCESO DE AMPARO

SENTENCIA

RESOLUCION: 05

Lima, 21 de febrero del 2017 VISTOS.

Asunto:

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

ANTECEDENTES.

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

1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM- GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016, que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores.

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

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

Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:

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

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

2. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero

de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales

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

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

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

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

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

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

Trámite de la demanda:

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

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

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

1.- Señala que la Sra. Ballesteros no acredita vínculos filiales ni biológicos con los menores por lo que, siendo una filiación de hechos no biológicos, debería emplear el mecanismo de la adopción.

2.- Asimismo, alega que la parte demandante no habría interpuesto recurso impugnativo alguno en sede administrativa.

3. Finalmente, sostiene que la parte demandante no está solicitando el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal y administrativo, sino que se le reconozca un derecho que, a su juicio, le corresponde y que no es posible ejercitarlo.

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

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

CONSIDERANDO:

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

a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237.

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

Los hechos son los siguientes:

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

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

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado “acuerdo privado de útero subrogado” (Anexo 5).

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

5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).

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

TERCERO: Las excepciones deducidas:

3.1. Excepción de falta de representación.

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

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad

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

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.

3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.

4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.

5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.

7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción.

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

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

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

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

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N° 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.

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

3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesaria y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).

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

5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).

6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño.

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

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se

convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.

8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.

9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.

11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente.

Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

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

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

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

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

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

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

SEXTO: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva: De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: "Todos tienen derecho a la protección de su salud". El Comité de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que “ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva” (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

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

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

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

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

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

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

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

DESPROPORCIONADAS E INNECESARIAS de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona” (párrafo 150, énfasis agregado)

Puesto en términos más sencillos, la normativa y jurisprudencia convencional – al que se encuentra sometido este Juzgado por imperio del Artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional- disponen que el derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconocen la potestad fundamental de las mujeres para –de manera informada- asistirse de las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Situación

a la que pueden llegar no solo con el apoyo tecnológico disponible, sino que, en algunos casos, con la cooperación adicional y necesaria de terceras personas (por ejemplo, los casos de maternidad subrogada comúnmente conocido como “vientre de alquiler”).

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

En otras palabras, si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una

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

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

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

“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos” (énfasis agregado).

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

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

NOVENO: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que una interpretación a contrario sensu de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa

Además del uso de esa técnica para la interpretación de textos, existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el artículo 7 de la Ley General de Salud tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

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

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

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

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

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 procreacional para tener hijos, a diferencia de la madre biológica que desde un inicio –y hasta ahora- tuvo una voluntad de entregar a los menores 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”

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

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la identidad de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la

identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223- 2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

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

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

DECIMO TERCERO: La parte demandada debe pagar costos.

DECISIÓN:

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

1.- SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.

2. SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento.

3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

4. Con costos.

5. Notifíquese en el día.

ANEXO N° 03



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG "ACCIÓN DE LUCHA
ANTICORRUPCIÓN"

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que se adjunta, y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, que se agrega.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada "Píldora del día siguiente", por considerarla como un fármaco para beneficio de la población menos favorecida, que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/ 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FOLIO 499

sociedad en general. La postura del consumidor exige según el artículo 65° de la Constitución que El Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y la seguridad de la población.

Cuestiones a resolver

§1. Derecho a recibir información

4. En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19° de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19° del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y a nivel regional el artículo 13° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2°, de nuestra Constitución Política.
5. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez].

§2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

6. El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quien procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL
500

consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

§3. La vida como derecho fundamental

7. Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada "Píldora del Día Siguiente" de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:

- ✓ ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
- ✓ ¿El embrión fecundado es el "conceptus" al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
- ✓ ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
- ✓ ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

Sólo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada "Píldora del Día Siguiente" afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno.

3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida

8. El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución) [STC N.º 01417-2005-PA, fundamento 2].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
LIMA
FRAGIL 521

EXP. N° 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG "ACCIÓN DE LUCHA
ANTICORRUPCIÓN"

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "Píldora del Día Siguiente".
2. Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada "Píldora del Día Siguiente" incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico

FRANCISCO MIRALLES SARAVIA
SECRETARIO GENERAL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANEXO N° 4

ENTREVISTA A JUECES DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL CUSCO

Juez:

1. ¿Señor Juez como define usted la maternidad subrogada?

2. ¿Señor Juez considera usted que la maternidad subrogada debería tener una regulación legislativa?

3. ¿Señor Juez desde el punto de los procesos judiciales sobre maternidad subrogada, usted considera legal la práctica de la reproducción asistida?

4. ¿Señor Juez que consideraciones deberían tener en cuenta los legisladores para la regulación de la maternidad subrogada?

5. ¿Señor Juez de prohibirse la maternidad subrogada se vulneraría el derecho natural a ser padres y con ello se afectaría a la institución de la familia?

6. ¿Señor Juez tiene conocimiento del caso sobre maternidad subrogada de la pareja chilena Tovar Madueño?

7. ¿Señor Juez el derecho de familia en el Perú a quienes considera como padres?

8. ¿para usted señor Juez debería de regularse legislativamente o prohibirse la maternidad subrogada?

INDICE DE CUADROS

Cuadro N° 01 Categorías y Sub categorías	09
Cuadro N° 02 Diseño De Investigación	10
Cuadro N° 03 Presupuesto	12
Cuadro N° 04 Cronograma de Realización de Tesis	13
Cuadro N° 05 Marco Jurídico Comparado de la Maternidad Subrogada ...	23
Cuadro N° 06 Casación 563-2011	53
Cuadro N° 07 Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05	55
Cuadro N° 08 Expediente 2005-2009-PA/TC	56