

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO  
BENEDICTO XVI**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO**



**EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS NACIDOS POR  
MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO PERUANO, AÑO  
2020**

**TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**AUTORA:**

Yanina Fiorela Reyna Lucho

**ASESORA:**

Pamela Granda Yovera

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Análisis de las Instituciones del Derecho Público y Privado

**TRUJILLO – PERÚ**

**2021**

**AUTORIDADES UNIVERSITARIAS DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TRUJILLO “BENEDICTO XVI”**

EXCMO. MONS. HÉCTOR MIGUEL CABREJOS VIDARTE, O.F.M.

Arzobispo Metropolitano de Trujillo  
Fundador y Gran Canciller de la  
Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI

R.P. DR. JUAN JOSÉ LYDON Mc HUGH, OSA.  
Rector de la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI

DRA. SILVIA ANA VALVERDE ZAVALA  
Vicerrectora Académica

MG. PAMELA GRANDA YOVERA  
Decana (e) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

MG. JOSÉ ANDRÉS CRUZADO ALBARRÁN  
Secretario General

*"No hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana".*

**Plan de acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia, 30 de setiembre de 1990**

## CARTA DE CONFORMIDAD DEL ASESOR DE TESIS

Señora Magister:

Decana (e) Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad Católica de Trujillo “Benedicto XVI”

Presente.

Mediante la presente y en mi condición de Asesora de Tesis, le informo que el trabajo de investigación titulado: **EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS NACIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO PERUANO, AÑO 2020.**

Presentado por, Yanina Fiorela Reyna Lucho alumna de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, se encuentra en condiciones de ser sustentado, por lo cual le presento mi CONFORMIDAD.

Agradeciendo la atención que brinde a la presente, y reiterándole mis cordiales saludos quedo de Ud.

Atentamente.



---

Mg. Pamela Granda Yovera

Asesora

## DEDICATORIA

¡Que nadie se quede afuera, se los dedico a todos!

Sobre todo, a ese ser de luz que hace que mis días sean maravillosos. Con su amplia sonrisa, con esos ojitos llenos de alegría. Gracias por ser mi cómplice, mi confidente, mi amiga, por ayudarme a crecer, por amarme, por ser tan tú, pero, sobre todo, gracias por nunca cortarme las alas para seguir adelante, sí, te lo dedico a ti mi reina (*R.Y.L.F*). Porque mi corazón te pertenece. Te amo mami.

## **AGRADECIMIENTO**

Quiero expresar mi gratitud a Dios, quien con su bendición llena siempre mi vida y a toda mi familia por estar presentes. Mi profundo agradecimiento a todas las personas que hicieron posible esta investigación y que de alguna manera estuvieron conmigo en los momentos difíciles, alegres, y tristes. Estas palabras son para ustedes.

A mis padres por todo su amor, comprensión y apoyo, pero sobre todo gracias infinitas por la paciencia que me han tenido. No tengo palabras para agradecerles las incontables veces que me brindaron su apoyo en todas las decisiones que he tomado a lo largo de mi vida, unas buenas, otras malas, otras locas. Gracias por darme la libertad de desenvolverme como ser humano.

A mis hermanitas por llenarme de alegría día tras día, por todos los consejos brindados, sus enseñanzas y sobre todo por compartir horas y horas de mucho amor. A mis amigos, con todos los que compartí dentro y fuera de las aulas. A aquellos amigos del colegio y de la universidad, que se convierten en amigos de vida y aquellos que serán mis colegas, gracias por todo su apoyo.

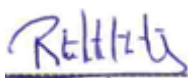
## DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD

Yo, Yanina Fiorela Reyna Lucho con DNI N° 72720357, egresada de la Carrera Profesional de Derecho de la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI, doy fe que he seguido rigurosamente los procedimientos académicos y administrativos emanados por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas para la elaboración y sustentación del trabajo de investigación titulado: **EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS NACIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO PERUANO, AÑO 2020** el cual consta de un total de 110 páginas, entre las que se incluyen un total de 37 páginas en anexos.

Dejo constancia de la originalidad y autenticidad de la mencionada investigación y declaro bajo juramento en razón a los requerimientos éticos, que el contenido de dicho documento, corresponde a mi autoría respecto a redacción, organización, metodología y diagramación. Asimismo, garantizo que los fundamentos teóricos están respaldados por el referencial bibliográfico, asumiendo los errores que pudieran reflejar como omisión involuntaria respecto al tratamiento de cita de autores, redacción u otros. Lo cual es de nuestra entera responsabilidad.

Se declara también que el porcentaje de similitud o coincidencias respecto a otros trabajos académicos es de 24%. Dicho porcentaje, son los permitidos por la Universidad Católica de Trujillo

*La autora*



---

Yanina Fiorela Reyna Lucho

DNI N°: 72720357

## **FORMULARIO DE CESIÓN DE DERECHOS PARA PUBLICACIÓN DIGITAL DE TESIS**

Moche, 22 de mayo de 2021.

**A: Pamela Granda Yovera**

**Decana (e) de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.**

Yo, Yanina Fiorela Reyna Lucho, autora de la investigación titulada: **EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS NACIDOS POR MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO PERUANO, AÑO 2020**. Sustentada y aprobada el día 14 de mayo de 2021 para obtener el Título Profesional de: ABOGADA

**CEDO LOS DERECHOS** a la Universidad Católica de Trujillo Benedicto XVI para publicar por plazo indefinido la versión digital de esta tesis en el repositorio institucional y otros, con los cuales la universidad firme convenio, consintiendo que cualquier tercero podrá acceder a dicha obra de manera gratuita pudiendo visualizarlas, revisarlas, imprimirlas y/o grabarlas siempre y cuando se respeten los derechos de autor y sea citada correctamente. En virtud de esta autorización, la universidad podrá reproducir mi tesis en cualquier tipo de soporte, sin modificar su contenido, solo con propósitos de seguridad, respaldo y preservación.

Declaro que la tesis o trabajo de investigación es una creación de mi autoría o coautoría con titularidad compartida, y me encuentro facultada(o)(s) a conceder la presente autorización y además declaro bajo juramento que dicha tesis no infringe los derechos de autor de terceras personas.

Asimismo, declaro que el CD-ROM que estoy entregando a la UCT, con el archivo en formato PDF y WORD (docx), como parte del proceso de obtención del Título Profesional o Grado Académico, es la versión final del documento sustentado y aprobado por el Jurado.

Por ello, el tipo de acceso que autorizo es el siguiente:



<b>CATEGORÍA DE ACCESO</b>	<b>DESCRIPCIÓN DEL ACCESO</b>	<b>MARCAR</b>
<b>Abierto</b>	Es público y será posible consultar el texto completo. Se podrá visualizar, gravar e imprimir.	<b>X</b>
<b>Restringido</b>	Solo se publicará el <i>abstract</i> y registro del metadato con información básica	

## ÍNDICE

CARTA DE CONFORMIDAD DEL ASESOROR DE TESIS .....	IV
DEDICATORIA .....	V
AGRADECIMIENTO .....	VI
DECLARATORIA DE AUTENTICIDAD .....	VII
FORMULARIO DE CESIÓN DE DERECHOS PARA PUBLICACIÓN DIGITAL DE TESIS.....	VIII
ÍNDICE.....	X
RESUMEN .....	XII
ABSTRACT .....	XIII
I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	14
1.1 Problematización e importancia.....	14
1.2 Pregunta orientadora .....	15
1.3 Formulación de objetivos.....	15
1.3.1 Objetivo general .....	15
1.3.2 Objetivos específicos.....	15
1.4 Categorías y subcategorías apriorísticas y emergente.....	15
1.5 Justificación de la investigación .....	16
II. MARCO TEÓRICO.....	17
2.1 Antecedentes de la investigación .....	17
2.2 Referencial teórico .....	20
2.3. Referencial conceptual.....	46
2.3.1. Concebido.....	46
2.3.2. Derecho a la identidad.....	46
2.3.3. Maternidad .....	47
2.3.4. Maternidad Subrogada .....	47

2.3.5. Filiación.....	48
2.3.6. Interés superior del Niño .....	48
2.3.7. Técnicas de reproducción humana asistida .....	49
III. METODOLOGÍA.....	50
3.1 Tipo de investigación .....	50
3.2 Métodos de investigación .....	50
3.3 Diseño de investigación .....	51
3.4 Participantes de la investigación .....	51
3.5 Escenario de estudio.....	52
3.6 Instrumentos de recolección de la información .....	52
3.7 Recolección y preparación de la información .....	52
3.8 Ética investigativa y rigor científico .....	53
IV. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN.....	54
4.1 Presentación de procedimientos de análisis de la información .....	54
4.1.1. Presentación de la información analizada en la jurisprudencia.....	54
4.1.2. Presentación de la información analizada en el derecho comparado .....	59
4.2 Análisis y discusión de procedimientos de análisis de la información .....	62
V. CONSIDERACIONES FINALES .....	65
VI. RECOMENDACIONES .....	67
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	68
ANEXOS .....	73

## RESUMEN

La presente investigación titulada “El derecho a la identidad de los niños nacidos por maternidad subrogada en el Derecho Peruano, año 2020” nace a partir del conflicto que existe cuando los registradores civiles inscriben a un niño nacido en vientre subrogado como hijo de la madre gestante y de los padres intencionales, es decir de quienes ordenaron su gestación, desconociéndose de esta forma la legalidad del contrato de maternidad subroga el elemento volitivo como factor determinante para determinar la filiación del menor. El objetivo que condujo la construcción del presente trabajo de investigación fue determinar de qué manera el uso de la maternidad subrogada puede vulnerar el derecho a la identidad del concebido. En ese sentido, la investigación hace uso del método jurídico funcional para alcanzar los objetivos planteados. Se analizaron tres sentencias importantes en torno a al tratamiento jurisprudencial del uso de la maternidad subrogada en el derecho peruano y se efectuó un estudio de comparado del marco jurídico de la maternidad subrogada. La investigación destaca que el contrato de maternidad subrogada requiere de urgente regulación que considere el elemento intencional como factor para determinar la filiación del menor.

## **ABSTRACT**

This research entitled "The identity of children born by surrogacy in Peruvian Law, year 2020" arises from the conflict that exists when civil registrars register a child born in a surrogate womb as the child of the surrogate mother and of the Intentional parents, that is, of those who ordered her pregnancy, thus ignoring the legality of the maternity contract, surrogates the volitional element as a determining factor in determining the minor's parentage. The objective that led the construction of this research work was to determine how the use of surrogacy can violate the right to identity of the conceived. In this sense, the research makes use of the functional legal method to achieve the objectives set. Three important judgments regarding the jurisprudential treatment of the use of surrogacy in Peruvian law were analyzed and a comparative study of the legal framework of surrogacy was carried out. The investigation highlights that the surrogacy contract requires urgent regulation that considers the intentional element as a factor to determine the minor's parentage.

## I. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1 Problematización e importancia

Las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TERAS) conocidas en Perú por sus siglas TERAS han permitido que muchas parejas puedan superar la barrera biológica de la infertilidad. Desarrollada gracias a los avances tecnológicos aplicados a la biotecnología, la maternidad subrogada o gestación por sustitución es una de las técnicas de reproducción humana artificial más controvertidas para el derecho,

La maternidad subrogada como técnica reproductiva abre un abanico de posibilidades a las parejas que no pueden procrear naturalmente. Uno de los puntos más polémicos de este tipo de técnicas artificiales de procreación, es que permite implantar un embrión gestado en laboratorio con material genético de terceras personas (donantes) en el vientre de una madre portadora (vientre de alquiler) para posteriormente ser entregado (el bebé) a quienes contrataron la fecundación con la clínica.

De manera que, las clínicas de fertilidad ofrecen a las parejas – homosexuales o heterosexuales – la posibilidad de concebir un bebé con material genético “donado” o muchas veces comprado, que posteriormente será implantado en el vientre de la madre portadora bajo estrictas cláusulas de anonimato sin llevar en consideración los derechos del bebe gestado de conocer su descendencia.

Como es sabido, los “*donantes*” de material genético son captados por las clínicas de fertilidad para dejar sus gametos en bancos de semen y/o de óvulos que después serán congelados para posteriormente ser *escogidos*, según las subjetividades de las parejas, y gestados en tubos de laboratorio para producir embriones que algún día serán bebés sin identidad genética.

En este contexto, consideramos que, si bien los derechos reproductivos de las parejas les permite hacer uso legítimo de la maternidad subrogada para poder ser padres, no es menos importante analizar si los contratos de maternidad subrogada podrían, directa o indirectamente vulnerar los derechos de identidad del concebido.

## 1.2 Pregunta orientadora

¿De qué manera el uso de la maternidad subrogada puede vulnerar el derecho a la identidad del concebido?

## 1.3 Formulación de objetivos

### 1.3.1 Objetivo general

1. Determinar de qué manera el uso de la maternidad subrogada puede vulnerar el derecho a la identidad del concebido.

### 1.3.2 Objetivos específicos

1. Analizar el contenido protegido por el derecho a la identidad del concebido nacido mediante el uso de la maternidad subrogada.
2. Delimitar los alcances del derecho al uso de la maternidad subrogada como técnica reproductiva en el marco de los derechos del concebido en el ordenamiento jurídico peruano.
3. Analizar la legislación comparada relativa a la protección de la identidad de los bebés nacidos mediante el uso de la maternidad subrogada.

## 1.4 Categorías y subcategorías apriorísticas y emergente

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
Maternidad subrogada	Acceso a registro de los padres de intención
	Uso de gametos donados
	Reconocimiento del contrato de maternidad subrogada
Derecho a la identidad	Inscripción del menor como hijo de quienes buscaron su llegada

del niño	Incurción del menor en un ambiente familiar
	Acceso a conocer sus orígenes biológicos

## 1.5 Justificación de la investigación

### **Justificación social:**

El desarrollo de la presente investigación se justifica en la medida que permitirá conocer en que supuestos el contrato de maternidad subrogada como técnica artificial para la procreación podría vulnerar el derecho a la identidad del concebido.

### **Justificación jurídica:**

Considerando que cada día es mayor la cantidad de niños y niñas que nacen con la ayuda de la maternidad subrogada o gestación por sustitución, el desarrollo de la presente investigación contribuye a analizar el contenido jurídicamente protegido de los niños(as) nacidos con este tipo de técnicas para de esa forma, garantizar la efectiva protección de sus derechos vinculados a la identidad de la persona humana.

### **Justificación práctica:**

Dado que la maternidad subrogada es una práctica nueva y poco abordada por el derecho nacional, los resultados que arrojen la presente investigación pueden servir para enriquecer el conocimiento de operadores jurídicos y abogados en lo relativo a la identidad del concebido nacido gracias a la subrogación de maternidad.



## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1 Antecedentes de la investigación

Vértiz (2018) en su tesis titulada: *“Implicancias de los contratos de maternidad subrogada sobre el derecho fundamental a la identidad del concebido por la técnica de reproducción humana asistida de maternidad subrogada, Arequipa, 2017-2018”* presentada ante la Universidad Católica de Santa María para obtener el grado académico de Maestro en Derecho Civil. La autora llega a las siguientes conclusiones:

- ✓ Pese a que la maternidad subrogada se encuentra permitida en el Perú, ésta no cuenta con una adecuada regulación normativa; y, ello lleva consigo la vulneración al derecho a la identidad del concebido por tal técnica porque al momento de su nacimiento, nuestro ordenamiento presenta obstáculos a los padres con voluntad procreacional o biológicos (padres que contrataron el vientre sustituto) para reconocer al menor como su hijo; así tanto el derecho a la identidad en su vertiente estática y dinámica se ve vulnerado.
- ✓ El derecho a la identidad del concebido por TERAS (en específico la técnica de maternidad subrogada) contiene el derecho del menor a gozar de su identidad desde su concepción, tanto en: a) su vertiente estática, es decir que se le garantice al menor su identificación (tener un nombre, llevar los apellidos de sus padres, registrar su sexo y fecha de nacimiento, u otros); y, b) su vertiente dinámica, es decir brindar las condiciones que posibiliten el desarrollo pleno de su propia personalidad e identidad en función de sus datos de identificación, antecedentes familiares, relaciones afectivas, relaciones familiares, conocimiento de su origen biológico, conocimiento de las circunstancias que rodearon su procreación.

Mercado (2019) en su tesis titulada: *“Ventre de alquiler versus el derecho a la identidad: un problema no resuelto”* presentada ante la Universidad de Piura para obtener el título profesional de abogada. El objetivo de esta investigación fue analizar la licitud del contrato de maternidad subrogada a la luz del derecho a la identidad del concebido.

La autora llegó a las siguientes conclusiones:

- ✓ El hijo no puede ser un bien al servicio de intereses del progenitor, de los deseos del padre o de la madre. El hijo debe ser querido por sí mismo, engendrado por una relación natural y no por una unión de gametos aséptica al margen de la relación vera cópula.
- ✓ El vientre de alquiler es una práctica deshumanizadora y violatoria de la dignidad humana de la mujer y del niño objeto del contrato. Esta práctica no vela por el bienestar de las personas. La comercialización de personas o funciones humanas tan íntimas como la gestación no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico que vela desde la Constitución por la protección de la persona humana y la defensa de su dignidad.

Mattos (2017) en su tesis de grado titulada: *“Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú”* presentada ante la Universidad Cesar Vallejo para obtener el título profesional de abogada. La autora tiene como objetivo central Determinar la relación entre la maternidad subrogada y la posible afectación al derecho a la identidad. Entre sus más importantes conclusiones destacan:

- ✓ Existe una relación directa entre la falta de regulación, el tratamiento jurisprudencial y la práctica jurídica diaria de la técnica de maternidad subrogada con la vulneración social, jurídica y ontológica del derecho a la identidad de los menores nacidos mediante estas técnicas artificiales.

Gamarra (2018) en su tesis titulada: *“Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia”* presentada ante la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa para obtener el grado académico de Maestro en Ciencias: Derecho con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional. El autor concluye:

- ✓ La práctica del vientre subrogante no violenta la dignidad ética de la procreación humana, porque en ella participan exclusivamente los componentes genéticos de quienes asumen la paternidad y la maternidad, ya

que la investigación biológica y genética que hace el hombre para poder dar solución a la imposibilidad que tiene una mujer de llevar un embarazo, y mediante técnicas de inseminación artificial se le puede implantar un embrión a otra mujer que ofrece su útero para que pueda traer al mundo al nuevo ser anhelado por una pareja de convivientes o esposos.

- ✓ El Derecho (...) no regula las conductas personales, sino más bien trata de poner límites a todo aquello que vaya en contra del orden público, buenas costumbres, y la moral, prohibiendo las conductas que contravengan la organización social como sistema de convivencia, paz y justicia.
- ✓ La legalización de vientre de alquiler en el Perú es una alternativa de solución jurídica al problema de práctica ilegal de maternidad subrogada a la que se vienen sometiendo las parejas matrimoniales o en convivencia propia que por infertilidad se ven imposibilitadas de tener sus propios hijos.

Siverino (2010) en su artículo de investigación titulado: “Quien llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. Publicado por la Revista Jurídica de Derecho Privado UCES. La autora hace un análisis de dos controvertidas sentencias peruanas donde apunta la siguiente recomendación:

- ✓ Temas tan sensibles como los relativos a las manifestaciones del derecho a la identidad exigen un abordaje interdisciplinario, recreador de la interpretación de normas que, en la mayoría de los casos, no fueron pensadas para regular supuestos como lo que nos impone los actuales desarrollos tecnológicos o sociales. Ojalá progresivamente puedan consolidarse posiciones que atiendan adecuadamente a estos nuevos retos, sin dejar de lado el rol de las mujeres como verdaderos sujetos de derecho, pertenecientes de la historia humana y de su propio proyecto de vida.

## 2.2 Referencial teórico

### 2.2.1. Efectos de la maternidad subrogada en el derecho a la identidad

La maternidad subrogada también conocida como “vientre de alquiler” es una técnica reproductiva que requiere el consentimiento de una mujer para gestar hijo por cuenta ajena, generalmente a cambio de una prestación económica que obliga a entregar el bebé a la pareja comitente para que ellos asuman la paternidad – maternidad del bebé (Ciri3n, 2018).

No solo la maternidad subrogada sino, todas las t3cnicas reproductivas en general, fueron pensadas para ayudar a aquellas parejas inf3rtil es que por razones biol3gicas no pod3an procrear naturalmente. As3, la maternidad subrogada se presentaba como una alternativa viable para mujeres con ausencia de 3tero, problemas de implantaci3n embrionaria, parejas solteras y/o heterosexuales, etc.

En ese sentido, desde la implantaci3n de una serie de cambios en las normas sociales, espec3ficamente desde que diversos ordenamientos permitieran el matrimonio entre personas del mismo sexo y la posibilidad de que tanto mujeres como varones puedan tener hijos siendo solteras(os) el uso de la maternidad subrogada ha ocasionado conflictos de orden 3ticos, jur3dicos, antropol3gicos y sociales.

De hecho, la maternidad subrogada es una de las t3cnicas m3s controvertidas de reproducci3n humana asistida, – en adelante TERAS – ello porque su aplicaci3n ha trastocado el viejo principio romano «*mater semper certa est*» (D3az, 2014). Con el uso de la maternidad subrogada la filiaci3n ya no est3 determinada por el acto biol3gico de parir, sino por nuevos conceptos jur3dico-sociales gestados a partir de los avances m3dicos aplicados a la reproducci3n humana artificial.

Hasta antes de los avances de la biotecnolog3a y la ciencia m3dica, el principio *mater semper certa est (la madre es siempre cierta)* parec3a un inmutable para determinar la filiaci3n, sin embargo, la llegada de la Reproducci3n Humana Asistida a disociado los conceptos de gestaci3n, concepci3n y parto.

Hoy en d3a, gracias a la Reproducci3n Humana Asistida:

La mujer que da a luz puede ser sencillamente portadora de la gestación sin vínculo biológico con el nacido, si en su útero fue implantado un embrión obtenido en laboratorio con material genético de otra fémina, sin aportar ella sus propios óvulos, pudiendo además existir una tercera mujer implicada en el nacimiento del nuevo ser, que sería aquella que tiene la voluntad de convertirse en madre, pero no puede lograrlo naturalmente (Díaz, 2014, 462).

Percíbase entonces que, en la maternidad subrogada se presentan diversas modalidades de maternidad Cirión (2018):

**Maternidad legal.** - es aquella maternidad generada a partir de la asunción de los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que existan vínculos biológicos con el nacido.

**Maternidad genética.** - es aquella maternidad determinada por el aporte genético (óvulo) que genera lazos de identidad y consanguineidad genética con el nacido.

**Maternidad plena.** - es aquella en la que se concentran tanto la maternidad biológica como la maternidad gestativa. En este tipo de maternidad, la mujer aporta el ovulo, los gesta en su vientre y termina el proceso con el parto. Aquí opera perfectamente el comentado principio romano «*mater semper certa est*».

**Maternidad gestativa.** - corresponde a aquella mujer que, sin aportar material genético, el embrión se encuentra desarrollándose durante toda la gestación en el vientre de la mujer, generalmente a cambio de una prestación económica.

De manera que, debido a que en la maternidad subrogada pueden intervenir muchas personas (hasta seis: los donantes de esperma y óvulos, la mujer gestante, el marido de la gestante – si lo tiene – el padre y madre intencionales) la doctrina establece ciertas teorías que ayudan a determinar la filiación en estos casos complejos:

**Teoría de la contribución genética:** esta teoría se fundamenta en la “certeza genética” y sostiene que debe ser considerada madre quien aporta el gameto, sin embargo, en casos de gestación es complicado aplicar esta teoría, debido a que la dueña del gameto muchas veces es contratada para gestar para otros y hasta incluso una donante anónima.

**Teoría de la preferencia gestante:** esta teoría se fundamenta en el viejo principio “*mater semper certa est*”, es decir, siguiendo esta teoría la maternidad se define con el alumbramiento. En ese sentido, aunque no sea la madre biológica, será madre legalmente quien da a luz al infante. En estos casos la mujer puede dar en adopción al hijo y cumplir con el acuerdo de gestación por sustitución.

**Teoría de la intención:** esta teoría es ampliamente acogida por la judicatura nacional e internacional. Según esta teoría es madre – padre quien tenga la voluntad de serlo, es decir quien demuestre el “animo procreacional” sin importar si existe o no coincidencia genética entre la gestación, el alumbramiento y la gestante.

Nótese entonces que han surgido nuevos conceptos para determinar la filiación de los bebés gestados con el uso de esta técnica, empero, habría que pensar también, si el hijo nacido mediante el uso de maternidad subrogada, goza del derecho de conocer su origen biológico, ya que esta práctica sucede bajo estrictas cláusulas de anonimato en lo concerniente a los titulares de los gametos masculinos y femeninos utilizados en los procesos de inseminación artificial.

Ahora bien, antes de analizar a profundidad los efectos que la maternidad subrogada pueden significar para el derecho a la identidad del nacido, es preciso analizar el contenido del derecho a la identidad. Según el connotado jurista Fernández (1992) el derecho a la identidad posee una doble dimensión:

**La identidad estática:** surge producto de la información genética y dactilar que es invariable, singular y única.

**La identidad dinámica:** surge como producto del conjunto de atributos y características de cada personalidad, los mismos, que, diferencia de los biológicos cambian y se transforman con el pasar del tiempo.

La identidad dinámica está compuesta por las creencias, la cultura, la sociedad en la que el hombre se desarrolla, la percepción del mundo, la religión, etc.

Así pues, lo que sustenta el derecho a la identidad personal es la concepción del ser humano como un *ser libertad* (Agurto y Quequejana, 2019) una nueva concepción del ser humano que surgió a partir de las ideas cimentadas por el profesor Carlos Fernández Sessarego y que sobrepasa la idea del ser como un ser “racional” y lo pone en el estatus de ser “libertad”:

La “razón” no da cuenta ella sola del ser del hombre, su estructura no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, por cuanto se trata de un ser que es libertad, simultáneamente coexistencia y temporal (Agurto y Quequejana, 2019, p, 49).

De tal forma que la identidad del ser humano se ve reflejada en la realización libre y deliberada de su proyecto de vida en sociedad, en armonía con el bien común y en contacto con su historia, con sus antepasados, ello porque “Se descubre que el ser humano es diferente al ser de las cosas; que no es macizo, compacto, sino por el contrario, lábil, proyectivo, historializado. No cabe reducirlo a la calidad de ser de las cosas” (Fernández, 2006, p, 109).

Lo importancia de estas ideas radican en que, hasta hace no mucho tiempo, la identidad del ser humano se había *reducido al aspecto biológico*, al que se le había otorgado la expresión “*identificación*”. Es decir, no hace mucho tiempo la identidad del ser humano comprendía tan solo aspectos vinculados a los nombres y apellidos, huellas digitales y demás datos concernientes a su identificación en registros civiles.

No obstante, según sostiene (Zencovich, 1993, p, 3) la identidad no se confunde ni se limita con la identificación, – sino por las características especiales de cada persona, su origen, su cultura, sus costumbres y su historia-, es decir, por su unicidad que solo puede ser desarrollada en pleno ejercicio del derecho a la libertad (Agurto y Quequejana, 2019, p, 50-51).

De manera que todo ser humano está dotado de una «*identidad dinámica*» que se define por las características y actitudes personales de cada uno y se transforman con el pasar del tiempo. En esencia, la identidad es un derecho fundamental del ser humano reconocido en el artículo 2, inciso primero de la Constitución.

Bajo la postura de Espinoza (2012) la identidad es un conglomerado de datos biológicos y personales que – dentro de la igualdad de todo el género humano – permiten diferenciar a una persona de otra. Sin duda, la identidad comprende un plexo de aspectos de índole psicosomáticos y espirituales que solo puede desarrollar un ser humano libre (Agurto y Quequejana, 2019).

En parecido sentido, el Tribunal Constitucional – en adelante TC – en la sentencia recaída en el expediente N°5829-2009-PA/TC ha manifestado que:

“Entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad (...) entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)” (F.J. N°2).

Como puede apreciar el atento lector, a decir del TC, la herencia genética es un componente objetivo del derecho a la identidad, de allí la preocupación referida al hecho de que el uso de la maternidad subrogada cuando la madre gestante difiere de la madre genética (fecundación heteróloga) puede vulnerar el derecho a la identidad en su vertiente objetiva.

Sin duda, el derecho a la identidad en su vertiente objetiva implica que el ser humano, en este caso, el concebido mediante la maternidad subrogada, tenga la oportunidad de reconocerse a sí mismo, de conocer su ambiente familiar, su cultura, sus raíces y la sociedad a la que pertenece, por ello, si no se presentan estas condiciones o el sujeto las desconoce, se estaría afectando el derecho a la identidad en su manifestación objetiva.



Por otro lado, para el profesor Cárdenas (2015) un factor que poco se menciona en torno a los problemas que envuelve el uso de la maternidad subrogada es el referido al “*dialogo materno-fetal*” que – está científicamente comprobado – se instaura desde los primeros meses de desarrollo del embrión. En estos casos, la madre gestante muchas veces sabe que no debe desarrollar lazos afectivos con el ser de su vientre, pues, aunque sea ella la que otorgó el material genético para que lleve a cabo la gestación, deberá, al final del proceso de embarazo, entregar el bebé a quienes “*tuvieron la voluntad de ser padres*”.

Existen dos casos ocurridos en Perú que merecen ser analizados para entender mejor lo argumentando líneas arriba, el primero de ellos ocurrió en el año 2009 en el decimoquinto juzgado de familia de Lima y los hechos fueron los siguientes:

Una señora de iniciales C.M.S.E – que padecía de problemas renales y arteriales, utilizando su propio material genético y el de su esposo, decidió tener una hija que fue gestada en el vientre de la señora de iniciales J.L.A de O, madre de C.M.S.E – interpone recurso de impugnación de paternidad debido a que al nacer la niña “X” fue registrada como hija de su esposo y de su madre, es decir la señora J.L.A.de O, la jueza, en un loable razonamiento, argumentando que la fecundación in vitro deja “obsoleto” el clásico concepto de maternidad y que el derecho genético crea nuevos conceptos para la misma, ordena la prueba de ADN que favorece a C.M.S.E y en mérito a que la maternidad subrogada no está prohibida, sumado al echo altruista de la madre que gestó para su hija, concede la filiación a la madre biológica.

El segundo caso es también de impugnación de maternidad – Casación N°5003-2007 y trata sobre una señora de iniciales M.C.O.C., quien en representación de su hijo de iniciales O.F.Q.O., impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por la señora de iniciales M.A.A.D respecto de la menor de iniciales A.B.A.D., sustentando su petición en el argumento de que M.A.A.D no era madre biológica de la menor y que esta fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y el espermatozoide de su marido, es decir, el esposo de la recurrente M.C.O.C de iniciales C.O.Q.C sin el consentimiento de este.

Así presentados los hechos, es importante traer a colación las siguientes reflexiones: a) el marido de la recurrente de iniciales M.C.O.C no habría prestado su consentimiento para que la demandada M.A.A.D (quien fue su expareja) concibiera un hijo suyo con sus espermatozoides y los de una donante, b) si la clínica utilizó el esperma de C.O.Q.C sin su consentimiento estaría incurriendo en una grave falta ética y legal, c) si la Sala impugna la maternidad reconocida por M.A.A.D respecto de la menor, esta última carecería de todo vínculo legal y biológico con quien buscó su gestación quedando así en un estado de orfandad, quizá a la espera que padre biológico C.O.Q.C la reciba en su hogar donde conviviría con la mujer que la desvinculo con su anterior madre M.A.A.D.

Al final del proceso la Sala declaró que la maternidad de M.A.A.D es ilegal y con ese pronunciamiento la menor de iniciales A.B.A.D quedo en un estado de incertidumbre mayor al que anteriormente se encontraba. A nuestro sentir, el fallo de la Sala fue errado, debido a que no se consideró el sentir de la menor y el principio vector del derecho de familia: el interés superior del niño.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de que una mujer soltera pueda traer un hijo al mundo mediante el uso de las TERAS, juristas como Bossert se oponen a tal posibilidad, al considerar que en mérito al principio de interés superior del niño un bebé no debe venir al mundo sin padre, en la misma línea, el jurista Vásquez refiere que tal posibilidad no es viable puesto que se estaría trayendo a la vida a un niño sin una familia estable, sin el derecho natural a tener un padre (Como se citó en Cárdenas, 2015).

De manera que la posibilidad de contraer un hijo con la ayuda de las TERAS siendo madre o padre soltero, si bien puede ser considerado como una manifestación de los derechos reproductivos de las personas, termina por impedir que el concebido conozca su ascendencia biológica, disfrute de la figura paterna y se forme dentro de una familia integral.

No obstante, el desarrollo de la reproducción humana asistida ha traído cambios en el ordenamiento jurídico que han llevado a reconocer la «paternidad-maternidad múltiple» como una nueva definición del concepto de paternidad-maternidad en la medida que - Siverino, (2010) – muchos ordenamientos de la region reconocen diversas categoría de paternidad-maternidad:

adoptiva, genética, intencional, subrogada y afectiva. Ello en base al avance en los derechos sexuales y reproductivos que son una manifestación del derecho a la personalidad reconocido en las convenciones internacionales. Y es que sin duda el componente genético es un elemento determinante para la filiación, pero no es el único, pues:

Un ser humano es una historia que incluye a sus genes, pero no se reduce a estos. La identidad es ser quien uno es, contemplando las particulares circunstancias que rodearon nuestro origen, no negándolas. Una niña concebida mediante una fecundación heteróloga no es huérfana, ni es hija de una donante anónima: su verdad personal es que tiene una madre que la deseó, gestó y dio a luz, pero de quien no heredará sus ojos, ni su facilidad para la aritmética; y cuando tenga edad para procesarlo adecuadamente, tiene derecho a saber que no es su hija en términos biológicos (Siverino, 2010, p, 40).

No cabe duda entonces que el desarrollo de la tecnología ha traído asombro para algunos y temor para otros, desde hace mucho tiempo la paternidad era un hecho natural que requerida, además de matrimonio, el contacto sexual entre un varón y una mujer, sin embargo, hoy en día, la llegada de un bebé ya ni siquiera prescinde del contacto físico entre dos personas, y mucho menos entre dos personas del mismo sexo. Veamos en la siguiente cita como el progreso tecnológico nos confronta con viejas creencias heredadas:

El “argumento naturalista” de que los seres humanos son psicológicamente lo que la evolución ha hecho naturalmente de ellos, y así debe de ser, ya no sirve por más tiempo. El concepto “romántico” de naturaleza y de “naturaleza humana” se debe confrontar hoy con otro concepto de naturaleza. Si consideráramos el concepto de naturaleza como algo “sagrado” (así se ha considerado en el pasado), entonces el concepto de “progreso tecnológico” se podría considerar un error, pues

éste destruye para algunos o transforma la naturaleza para otros. Los seres humanos, por lo general, están satisfechos y hasta orgullosos de poner diques a la inundación. Esto significa una victoria sobre la naturaleza que no es siempre nuestro hermano sabio, sino, muchas veces, nuestro enemigo (Nicanor, 2012, p, 72).

Es el desarrollo tecnológico el que ha obligado al derecho a repensar los viejos paradigmas estructurales que servían de base para determinar la filiación. Sin embargo, aún existe debate en la doctrina entre quienes defienden la idea romántica de “maternidad” y quienes se apertura a aceptar las diversas modalidades de maternidad creadas a partir de los avances en la reproducción humana asistida.

El autor argentino Sambrizzi, por ejemplo, refiere con rigor que el contrato de maternidad subrogada se encuentra fuera de los ámbitos legales en la medida que el derecho no puede amparar que a través de un contrato se puedan “Crear huérfanos artificiales, que es lo que ocurriría si el comitente del niño fuera una sola persona” (2012, p, 323).

Volveremos a este punto en el siguiente acápite, más nos queda anticipar que la maternidad es un evento que implica la voluntad de ser padres, una condición indispensable que hace desear al hijo para su cuidado y protección, y a su vez, es una manifestación elocuente de los derechos sexuales y reproductivos.

### 2.2.2. Implicancias de la maternidad subrogada en el derecho peruano

Antes de analizar a profundidad los alcances facticos, jurídicos y sociales de la maternidad subrogada en el derecho peruano, es preciso conocer a detalle las diversas tipologías o modalidades de gestación por sustitución

- Según el origen de los gametos:
  1. Puede efectuarse la fecundación con los gametos – óvulos y espermatozoides – de los titulares del proyecto parental, es decir de la pareja que busca ser padres. Para este caso, la fecundación será *in vitro* y posteriormente, el pre-embrión será implantado en una mujer que contribuirá con la formación de un ser que no es biológicamente suyo.
  2. Puede efectuarse la fecundación con el ovulo de la mujer comitente y el espermatozoide de un donante o de su pareja.
  3. Que la gestación y el ovulo pertenezcas a una sola mujer, es este caso, la madre gestante y la biológica coinciden, siendo que es fecundada con esperma del hombre comitente.
  4. Que la gestación sea producto de gametos donados, o con esperma donado y ovulo de la mujer que ha de gestar, en dicho caso la pareja que busco la gestación no tiene ningún vínculo biológico son la criatura.
  5. Que la gestación sea producto del ovulo de una mujer diferente de la gesta el embrión y que dicha gestación haya sido encargada por otra tercera mujer ajena a las anteriores, en este caso el espermatozoide puede pertenecer a la pareja de la mujer que encargó la gestación o un donante.
  
- Según el carácter oneroso o altruista de la gestante:
  1. La subrogación tiene carácter oneroso cuando media una contraprestación económica de por medio de parte de quien o quienes solicitaron la gestación.
  2. Por el contrario, el carácter altruista de la subrogación se produce cuando la mujer gestante no ha de recibir ninguna prestación económica a cambio de gestar para otros.

De las clasificaciones antes expuestas, queda la incertidumbre referida a si la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida de cuya utilidad sirve para solucionar los problemas vinculados a la infertilidad o si, por el contrario, es más una figura equiparable a la adopción y le amerita una regulación semejante, por lo menos en las situaciones en que los padres no son los dueños de los gametos.

Asumir una posición al respecto no es una tarea fácil, principalmente porque están en juego derechos inherentes a la personalidad, y sobre todo porque median intereses de un ser que llega al mundo por encargo. La discusión se torna controvertida en la medida que los derechos sexuales y reproductivos, si bien son personalísimos e inalienables, deben ser ejercidos de forma responsable, de manera que se garantice la protección y defensa de los derechos de los niños a procrear (Díaz, 2014).

Los derechos sexuales y reproductivos deben ejercerse con suma responsabilidad, no es sensato considerar que tener un hijo es un derecho, es preferible verlo como un don natural, un deber hacia ellos, que obliga a ayudarlos a su desarrollo pleno, no existe sobre los hijos un poder, un señorío absoluto que permita trastocar su dignidad por el solo hecho de considerar que se tiene el derecho a ser padres.

En el Perú, por mandato expreso de la constitución se reconoce el derecho a procrear de todos los peruanos. La constitución peruana no hace alusión a la paternidad-maternidad exclusivamente biológica, situación que nos conduce a sostener que, si una persona no puede tener hijos de manera natural, lo puede hacer a través de las TERAS.

Por ello, consideramos que para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos no existe diferenciación de sexo, raza, géneros y condiciones de cualquier naturaleza, de manera que, si la constitución reconoce que todo peruano tiene derecho a su reproducción, ello garantiza también que toda persona pueda tener los medios para lograrla. Dicho de otra forma, no se encuentra límites constitucionales que prohíban el uso de la reproducción humana asistida como mecanismo para la reproducción del hombre.

Al respecto, el artículo 7° de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, prescribe:

**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.

De manera que, el derecho peruano reconoce el derecho a la vida privada y familiar, así como el derecho a formar una familia en sociedad. Al respecto Varsi (2010) postula que la reproducción es un derecho fundamental propio de la naturaleza del hombre y como tal, es también un deber transmitirla, es decir que quien haya recibido el don de vivir debe – con ayuda voluntaria del sexo contrario – procrear y generar más vida.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16° reconoce el derecho de todo ciudadano de contraer matrimonio y fundar una familia, más no se reconoce expresamente el derecho a la reproducción, sin embargo, puede sostenerse que la prolongación de la vida es parte de tales derechos reconocidos en la convención. Pues tal como sostiene Núñez (2010, p, 86):

Parece que toda persona posee, inscrito en lo más profundo de sí misma, el deseo secreto de alcanzar la inmortalidad por su propia descendencia. Porque, frente a la muerte, la única respuesta no espiritual que el hombre haya encontrado es el hijo. El deseo de tener hijos es universal, no es una cosa nueva del mundo de hoy. La reproducción siempre fue un destino lógico que no estuvo ligado nunca a la voluntad del hombre o de la mujer. En tiempo pasado, y todavía hoy, en las sociedades tradicionales de los países más desfavorecidos, el hecho de no tener hijos era o es interpretado como un castigo divino y motivo de repudio a la mujer por parte del marido y su familia (...) lo que justifica que la palabra infertilidad o esterilidad tenía una connotación acusatoria e incluso persecutoria, constituyendo un estigma de incapacidad, sobre todo para la mujer, a lo largo del tiempo, según civilizaciones y culturas.

Ahora bien, siguiendo a Ciri3n (2018) si bien la maternidad subrogada puede servir para que muchas parejas que padecen problemas de fertilidad logren traer al mundo un beb3, existen quienes rechazan el uso de estas t3cnicas en base a los siguientes motivos:

- Los contratos de maternidad subrogada podr3a instrumentalizarse para la compra-venta de beb3s.
- Podr3a ser utilizada por parejas homosexuales para evitar los impedimentos legales y/o exigencias de la adopci3n.
- Podr3a significar un atentado contra la dignidad de la mujer que gesta para otra como para el ni1o venido al mundo, en tanto que ambos son “*instrumentalizados*” ante un deseo fren3tico de tener hijos.
- Posible mercantilizaci3n de beb3s y 3teros en alquiler de parte de grandes agencias reproductivas que facturan millones con el sue1o de ser padres.

De otra banda, entre los argumentos que defienden el uso de la maternidad subrogada como una alternativa ante los problemas biol3gicos para procrear tenemos los siguientes:

- Toda persona tiene derecho a reproducirse, puesto que as3 lo reconoce la constituci3n, aunque no de manera expresa, el derecho a la procreaci3n se desliga del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- Por el principio de Autonom3a de la Voluntad toda persona debe tener la garant3a de que el derecho respetar3 los acuerdos entre particulares, siempre que las cl3usulas contractuales no contravengas las leyes peruanas.
- Recibir una contraprestaci3n econ3mica e incluso, una asistencia sanitaria en lo que dura la gestaci3n podr3a significar – para aquellas mujeres de escasos recursos – un ayuda para hacer frente a su vida diaria.
- El derecho a la salud sexual y reproductiva, reconocido por el art3culo 7° de la Ley N° 26842 implica que toda persona pueda hacer uso de los avances m3dicos y tecnol3gicos para poder tener hijos.



En este punto, es preciso enfocarse en la mirada que se tiene del “*derecho subjetivo a la reproducción*”, pues como tal, y en armonía con el principio de igualdad, ha de ser reconocido tanto a hombres y mujeres, lo que significa que, si una mujer puede ser inseminada artificialmente con el material genético de un donante, el mismo planteamiento valdría para que un hombre acuda a una mujer en busca de un ovulo y un útero que le ayude a ser padre.

Sin embargo, si a una pareja de mujeres les es permitido acudir a un donante para ser madres, tendríamos que decir que a una pareja de hombres también les cabe el mismo derecho en base a la no discriminación por razones de sexo, empero, ello da lugar a que se amplíe el modelo de familia y se piense en permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Sin duda alguna, los contratos que tienen por fin gestar para otros generan problemas jurídicos, especialmente en torno a la determinación de la filiación del niño nacido, máxime si se piensa en aquellos casos en los que la portadora subrogada se niega a entregar el niño a la pareja que ordenó la gestación.

El problema se torna profundo en aquellas legislaciones en las que la filiación del niño se determina por el parto y la madre biológica no tiene legitimidad para impugnar la maternidad, siendo aún más controvertido en las situaciones en las que la mujer que ordenó la gestación no es ni madre gestante ni biológica.

En parecido sentido, en los casos en los que la madre gestante es casada, si acudimos a la maternidad legal, el hecho del parto determina que el niño nacido mediante la maternidad subrogada es hijo de ese matrimonio, siendo aún más complejo para quien ordenó la gestación “Destruir la presunción de filiación paterna que pesa sobre el cónyuge” (Díaz, 2014, p, 472).

Nótese entonces que, ante los supuestos anteriormente expuestos, es preferible que prime la voluntad procreacional antes que el factor biológico, pues la voluntad procreacional implica un deseo de ser padres, un anhelo que obliga al cuidado y la protección de los menores.

Así, en todos estos supuestos el consentimiento informado de todas las personas que intervienen en estos procesos se convierte en un elemento indispensable, pues:

La portadora subrogada debe tener claro que incluso cuando aporte su propio óvulo, está gestando un bebé que no es suyo y que legalmente no tendría vínculos con ella ni con su esposo, en caso de estar casada. El marido de la madre subrogada deberá dar también su consentimiento para la aplicación de la técnica y ese consentimiento sería suficiente para echar por tierra la presunción de filiación paterna respecto a él, aunque su esposa haya traído un nuevo ser al mundo constante matrimonio, porque ese niño no es el hijo de ellos, sino de quienes tienen la intención de ser sus padres (Díaz, 2014, p, 473).

Por otro lado, en lo que amerita a la regulación de la maternidad subrogada en el Perú, es propicio indicar que no existe una ley de reproducción humana asistida, pero estos tratamientos si son practicados en varias regiones del país por clínicas de fertilidad que dominan el mercado de la reproducción artificial. Las clínicas se autorregulan, ofreciendo servicios a tratamientos de alta, media y baja complejidad ya sea que se trate de parejas casadas, mujeres solteras o uniones de hecho.

Como se anticipó, la Ley General de Salud dispone que toda persona tiene derecho a acudir a tratamientos de reproducción asistida para combatir su infertilidad, no obstante, pese a que admite la fecundación heteróloga con material genético masculino, exige que la condición de madre genética y madre portadora recaigan en la misma persona.

Como puede advertir el atento lector, permitir la utilización de material genético masculino y prohibir el femenino puede ser visto como un acto discriminatorio basado en cuestiones de género, máxime si se considera que en el caso de las mujeres que padecen deficiencia ovárica la posibilidad de quedar embarazadas con sus propios óvulos es menos al 20% mientras que con los óvulos de una donante bordea el 70% (Varsi, 2010).

Al respecto consideramos que la razón del comentado artículo 7 de Ley General de Salud no es prohibir la maternidad subrogada, sino defender el derecho a la identidad del infante, en la medida que – a nuestro sentir – se preocupa el legislador por no permitir que vengan al mundo infantes sin madre biológica.

Sin embargo, permitir el uso de gametos masculinos y prohibir los femeninos como medida de protección a la identidad del concebido es un tanto ilógico, puesto que la identidad no solo se construye sobre la base de la madre sino, de ambos progenitores, además de que en la actualidad el concepto clásico de maternidad – paternidad fundada en el aspecto biológico ha quedado desfasado.

Actualmente la jurisprudencia reconoce la condición de padres a quienes tienen la voluntad de serlo, así el elemento volitivo se presenta como un factor indispensable para determinar filiación en el Perú. En ese caso, si como sostiene Habermas, citado por Donoso (2006) la identidad es también ese aspecto que presentamos a los demás para así ser considerados o reconocidos, un factor que se construye día con día y que contiene elementos descriptivos y evaluativos, la filiación fundada en la voluntad procreacional e informada al niño cuando este cobre conciencia de su existencia, no es un elemento trasgresor de su identidad, sino al contrario dado que le permite conocer quienes anhelaron su llegada, lo buscaron y lo procrearon para cuidarlo.

La Convención sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 prescribe en su artículo octavo que “Los Estados parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares”. La protección al menor debe entonces, ser integral incluido aspectos ligados a su familia, su historia y su ascendencia, sin embargo, consideramos que esto no significa que la maternidad subrogada vulnere con material genético de donante vulnere el principio a la identidad, siempre que este hecho sea conocido por el menor y haya existido en los padres la voluntad de traer un hijo al mundo.

Otro aspecto controvertido que merece ser resaltado, dice respecto al “derecho de anonimato del donante” y es que, es sabido que en las prácticas de reproducción humana asistida la historia clínica de los usuarios, el proceso de selección de los gametos, la información y registros nacionales de los donantes son fielmente custodiados con suma confidencialidad con la finalidad de no imputar ninguna responsabilidad parental a los donantes (Varsi, 2010, p, 240).

No obstante, este hecho es un controvertido existiendo incluso países como Suecia, donde la legislación exige que el niño conozca la identidad de los donantes y otros en lo que el derecho solo permite a los niños conocer aspectos generales como nacionalidad, edad, descendencia, mas no su verdadera identidad, como es el caso de España.

Al respecto existen posturas a favor y en contra, siendo las que están a favor argumentos como que de esa manera se evita futuras y posibles responsabilidades de los donantes y las que están en contra alegan el hecho de que conociendo el niño su origen genético y biológico podría desarrollar mejor su personalidad.

### **2.2.3. Identidad y maternidad subrogada en el Derecho Comparado.**

#### **Argentina**

En el país vecino de Argentina la infertilidad no solo ha sido considerada una dolencia, sino que además se ha tejiendo una jurisprudencia que protege y garantiza el derecho a la salud, el derecho a formar una familia e incluso la protección de interés superior del niño en cuyo mérito los tratamientos de infertilidad y los medicamentos requeridos para ella son cubiertos por el gobierno y/o programas de asistencia social no gubernamentales.

De hecho, en el año 2007 un fallo jurisprudencial del Tribunal de Justicia argentino consideró que la infertilidad debe ser vista como una enfermedad pues, ella traía problemas de ansiedad, depresión y angustia. En ese sentido, el Tribunal sostuvo que es un acto discriminatorio negar la posibilidad fundar una familia a quienes padezcan esta enfermedad (La Nación, 2007).

Asimismo, según el diario Clarín (2008) a través de una sentencia se ordenó a una obra social a cubrir todos los intentos hasta lograr el embarazo de una pareja que había gastado todos sus ahorros en dos intentos anteriormente fallidos.

El Código Civil y Comercial argentino dispone en su artículo 560 y siguientes que la filiación se determina por naturaleza, adopción y TRHA normando además que el consentimiento previo, libre y responsable es un elemento indispensable para proceder al uso de las TERAS. Se entiende que a través del consentimiento informado se da lugar a la denominada “Voluntad procreacional como creadora de un vínculo de filiación, que se aparta de reglas de la naturaleza biológica, dando lugar a la autonomía de la voluntad” (Perlo, 2016, p, 9).

De esta manera, según el artículo 562 del citado cuerpo normativo la voluntad procreacional es clave para la filiación en el derecho argentino. Sin embargo, no existe en Argentina una regulación integral de las técnicas de reproducción humanan artificial y pese a reconocidos fallos que ordenaron al pago de los costos por el tratamiento de la infertilidad de algunas parejas, en Argentina el alquiler de vientre aún no está regulado.

Desde otra banda, en Argentina los anuncios de mujeres dispuestas a gestar para otros son, al parecer, pan de cada día. La internet parece ser el medio idóneo para mensajes comerciales ofreciendo “*vientres de alquiler responsables y sanos*”:

“Los anuncios en la prensa argentina y la oferta y demanda en Internet muestran cómo cada vez más mujeres ofrecen su cuerpo para gestar un hijo ajeno, el modo en que están dispuestas a alquilar su vientre a cambio de dinero que les permita mantener a sus hijos o conseguir una casa para poder criarlos en condiciones dignas. Hasta hoy hay avisos de donación de sus propios óvulos (...) (Perlo, 2016, p, 5).

No obstante, la aceptación jurisprudencial como social de la gestación por sustitución en el pueblo argentino, la falta de regulación de este fenómeno reproductivo “Obliga a los denominados comitentes a presentarse ante los tribunales a efectos de que se determine la filiación del niño que nace” (Notrica, 2017, p, 4) pues el Código Civil y Comercial argentino establecen que la madre es quien da a luz al niño.

Argentina también ha evolucionado en lo que respecta al reconocimiento de la filiación de niños gestados en vientres sustitos en el extranjero. Según se ha podido apreciar de la literatura revisada, los argumentos citados en favor del renacimiento de la filiación fueron el derecho a la identidad, la voluntad de ser padres como motor de la gestación, el derecho innato a la nacionalidad y el connotado principio de interés superior del niño (Notrica, 2017, p, 3).

## **México**

En la Constitución mexicana se reconoce el derecho de toda persona a decidir de manera libre y responsable la cantidad de hijos que desea tener lo que no significa precisamente que la reproducción humana asistida haya sido tratada como un tema de salud pública, pues se entiende que existen otros problemas de mayor gravedad a los que el gobierno debe atender.

En cuanto a la filiación del menor gestado por mujer distinta a la que lo deseó, siguiendo a Guzmán (2001) el principio al interés superior de niño ha jugado un rol importante para resolver estas controversias, puesto que la filiación en México ya no dependerá de la madre o el padre, sino también de las técnicas de reproducción humana asistida.

En el Derecho mexicano a nivel constitucional se han sentado principios de igualdad, protección de la familia y de los menores, pero en el derecho civil no se evidencian los mismos avances puesto que el concebido por técnicas de reproducción asistida aun no goza de una protección coherente en lo que respecta a los derechos de identidad, personalidad y desarrollo integral).

Algo que parece preocupante es que autores y legislaciones de México defiendan la maternidad subrogada como una modalidad de adopción. Así por ejemplo, el artículo 92° del CC del Estado de Tabasco, párrafo tercero, prescribe que:

“En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena. Se entiende por madre gestante

sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos”.

Aceptar lo anterior significaría quitar la naturaleza de la propia adopción, puesto que la adopción requiere de un menor en estado de abandono ya venido al mundo y una solución de ese tipo no es equiparable a un problema tan latente como lo es la maternidad subrogada.

Por otro lado, existe también en México la Ley General de Salud que permite la fertilización asistida homóloga y heteróloga, así como la fertilización in vitro. En lo que respecta al concebido, este es considerado como tal desde su concepción hasta la duodécima segunda semana de gestación, a cuyo término y hasta el día de su expulsión del seno materno, es visto como feto por el derecho mexicano.

Sinaloa y Tabasco por su parte, acogen la maternidad subrogada. En el artículo 380 del Código de Tabasco admite la gestación por contrato en la modalidad de maternidad subrogada, siempre que la gestante sea inseminada con sus propios óvulos. El citado artículo define también las condiciones requeridas para que una mujer sea contratada como gestante subrogada, estableciendo que la edad mínima es de 25 y 35 la máxima, así como también indica que la filiación seguía los tramites de la adopción (Vásquez, 2019).

Como indica Vásquez (2019) en el estado de Tabasco se han evidenciado casos en las determinadas clínicas de fertilidad han sido clausuradas por operar al margen de las normativas sanitarias, trabajar con personal médico no titulado e incluso, encerrar a mujeres gestantes (madres sustitutas) en un solo cuarto sin los cuidados mínimamente requeridos para el proceso de embarazo.

En lo que respecta a la filiación de los niños nacidos por reproducción asistida, no existe legislación al respecto en México, no obstante, tal como se puede advertir de la doctrina mexicana, las resoluciones de la Corte Suprema de la Nación, la jurisprudencia vinculante emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>6</sup> permite la utilización de interpretaciones por analogía, lo que es favorable para el interés de los infantes (Pérez y Cantoral, 2013, p, 238).

## **España**

El caso español al parecer es bastante paradójico, pues conforme al artículo 10 de la Ley 14/ 2006 que regula las técnicas de reproducción asistida, es nulo de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución sea esta onerosa o altruista. Prescribe también el controvertido artículo que, al ser nulos los contratos de gestación por sustitución en el territorio español, la filiación de los hijos nacidos mediante esta técnica está determinada por el parto, es decir la madre se basan en el viejo principio *mater sempre certa est* (Cifuentes y Guerra, 2019, p, 18).

En la legislación española no importa que la gestante no sea madre biológica del infante, la legislación obliga a que la filiación se determina por el hecho del alumbramiento. Además de esto, la gestante no se encuentra obligada a entregar al hijo, ni a indemnizar en caso de incumplimiento, más aún, ella podría reclamar al hijo pese a ya haberlo entregado a los padres comitentes.

Pese a lo tajante de la citada ley, la realidad fáctica en España parece distar mucho de lo que la ley estipula. En el año 2009 – ante la reclamación de una pareja de varones casados que gestaron a dos menores haciendo uso de una gestante sustituta en Los Ángeles –la Dirección General del Registro y del Notariado español (DGRN) dictó una resolución permitiendo la inscripción en los registros civiles de estas infantas. No obstante, el Ministerio Fiscal a través de un Juzgado Valenciano rechazaron la resolución alegando que dicha práctica estaba prohibida en España (Calvo y Carrascosa, 2015).

Posteriormente, en octubre de 2010 la DGRN tuvo que dictar nueva resolución permitiendo la inscripción de filiación de menores nacidos por convenio de gestación por sustitución en virtud del principio al interés superior del niño. No obstante, el reconocimiento de la filiación en favor de los varones que ordenaron gestar a estas dos infantas en California fue rechazado por el Tribunal de Valencia quienes sostenían que la gestación por sustitución en dicho territorio es nula en virtud del artículo 10 de la Ley 14/2006.

En particular el Tribunal Supremo de Valencia sostuvo que el contrato de gestación por sustitución es nulo pues, a) la dignidad e integridad de la gestante exigen la defensa de posibles explotaciones ante su posible estado de necesidad



dada su probable situación de pobreza, d) con ello se impide la mercantilización de bebés y el turismo reproductivo (Calvo y Carrascosa, 2015).

El caso fue resuelto teniendo en cuenta que el contrato de gestación por sustitución se celebró en el Estado de California donde era perfectamente legal, por ello habría que pensar si su reconocimiento altera el o no el orden público internacional. Como se puede apreciar en el extracto de voto particular citado a continuación, el interés superior del niño fue la base para fundamentar la decisión del Tribunal:

Ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor; identidad que prevalece sobre otras consideraciones (Salazar, 2017, p, 96).

Como puede apreciar el atento lector, el derecho a la identidad y a mantener la relación familiar ya creada en California de los menores es el argumento que se sobrepone a la nulidad de pleno derecho establecida en el artículo 10 de la Ley 14/2006. Adicionalmente a lo anterior, el Supremo Tribunal dio salidas a la pareja de varones para que, a través de la reclamación de la paternidad biológica de uno de los padres o de la adopción (art. 10.3 de la Ley 14/2006) los niños tengan la efectiva integración en el núcleo familiar que buscó su venida al mundo (Salazar, 2017, p, 98-100).

Es innegable entonces, el rol que juega el principio al interés superior del niño, el cual no encuentra límites en la normativa de determinado territorio, sino que, por su calidad de principio rector de las relaciones familiares, obliga a los jueces a ver más allá del marco normativo al que se encuentran adscritos y pone los intereses y derechos de los niños por sobre cualquier norma, ley o decreto que atente sus legítimos intereses.

Por otro lado, es preciso resaltar que el Código Penal – Ley Orgánica 10/1995 – en su artículo 221 sanciona con cinco años de pena privativa de libertad e

inhabilitación para ejercer patria potestad, tutela, curatela o guarda a quienes entreguen a otra persona un hijo (a) o cualquier descendiente, aunque exista o no filiación o parentesco, con ánimo de establecer filiación entre tercera persona y el menor entregado (Cifuentes y Guerra, 2019).

## **Chile**

Como en muchos países de América Latina, Chile tampoco presenta una regulación integrada de la maternidad subrogada. En el país sureño la filiación aún se determina por el acto del parto. Pese a que esta técnica no está regulada – por el principio de legalidad que impone que nadie se encuentra obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe – la maternidad subrogada no es ilegal en el territorio chileno.

A nivel administrativo existe una resolución obsoleta que data de 1985 expedida por el Ministerio de Salud a través de la cual se dictan “Normas aplicables a la Fertilización In Vitro y la Transferencia Embrionaria” y otra norma del mismo organismo que regla los tratamientos de infertilidad de baja complejidad. Se han encontrado en Chile seis intentos por regular la gestación subrogada, cada uno de ellos con sus propios matices, fundamentos, circunstancias y filosofías. De todos ellos tres se encuentran archivados y los otros tres están en trámite en el Senado o la Cámara del Congreso Nacional (Cifuentes y Guerra, 2019).

De manera que en Chile no existe inconveniente al gestar un bebé a través de un vientre de alquiler, máxime si se considera que en mérito del artículo 182 del Código Civil el padre y madre del bebé nacido por técnicas de reproducción asistida son el hombre y mujer que se sometieron a ella. Prescribe el citado artículo:

*“Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta”.*

Percíbese entonces que para el legislador chileno prima la “voluntad procreacional”, lo que evidencia un cambio de paradigma social, puesto que con la introducción del citado artículo se quiebra la regla de la paternidad y maternidad biológica como elemento determinante de la filiación.

De manera que, en Chile, el hombre y la mujer que se someten a las técnicas de reproducción asistida no pueden impugnar su paternidad alegando que no son padres biológicos puesto que ellos mismos aceptaron utilizar material genético donado para la realización de dicha práctica. Siendo entonces un acuerdo entre las comisiones de legisladores que la donación de gametos no genera parentesco y los donantes de material genético (espermatozoides y óvulos) no pueden posteriormente reclamar paternidad sobre aquellos infantes llegados al mundo.

Otro punto que merece destacarse dice respecto a que en mérito al comentado artículo 182 del Código Civil Chileno la filiación determinada por la voluntad procreacional solo aplica para parejas de sexos opuestos, estén o no casadas, mas no para mujeres solteras o parejas del mismo sexo, en cuyo caso aún no se les ha incluido de manera expresa en la norma.

## **Uruguay**

En Uruguay la Ley N° 19.167 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la ley que regula este fenómeno. En dicha ley no se encuentra una definición de los acuerdos de gestación por sustitución, pero si se define lo que se entiende por técnicas de reproducción humana asistida, así como también se enumera cada una de ellas, tal como detallamos a continuación:

- La inducción de la ovulación
- La inseminación artificial
- La micro inyección espermática (ICSI)
- El diagnóstico genético preimplantacional
- La fecundación in vitro
- La transferencia de embriones
- La transferencia intratubárica de gametos

- La transferencia intratubárica de cigotos
- La transferencia intratubárica de embriones
- La criopreservación de gametos y embriones
- La donación de gametos y embriones
- La gestación subrogada

En lo que importa a los fines de esta investigación, la legislación uruguaya permite la gestación subrogada solo en casos excepcionales, indicando a la vez que, como regla general todo acuerdo de gestación subrogada sea este con gametos propios de la pareja solicitante o donados, oneroso o altruista es nulo conforme al artículo 25 de la mencionada ley.

No obstante, la excepcionalidad aplicable a este método procede solo en casos de cumplirse determinados requisitos y siempre que no medie intercambio de dinero de por medio. Así, los requisitos requeridos conforme al artículo 26 son los siguientes:

- La madre potencial no puede gestar un embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas.
- La incapacidad señalada debe ser diagnosticada por el equipo tratante, el que debe elevar un informe a la comisión creada para esta materia, la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida
- para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones.
- El acuerdo de implantación y gestación del embrión, solo puede celebrarse con un familiar de la madre potencial, en segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso.
- El embrión que se implanta debe ser propio, esto es aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola, por su óvulo.
- Respecto a la suscripción del acuerdo propiamente tal, la ley señala que este debe ser de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes

Ahora bien, respecto a la suscripción del acuerdo de gestación subrogada, la ley exige que sea de naturaleza gratuita y debidamente suscrito por todos los

intervinientes, asimismo, respeto a la filiación esta será en favor de los padres que hayan buscado la gestación, es decir por quienes tuvieron la voluntad procreacional.

## **2.3. Referencial conceptual**

### **2.3.1. Concebido**

Concebido es aquella categoría jurídica que permite tener por nacido a un embrión en formación si de derechos que le favorezcan se trata (Espinoza, 2012).

El ordenamiento peruano (artículo 1° del Código Civil) reconoce derechos siempre que sean en beneficio del concebido, entendido como aquel embrión en formación que surge después de la concepción y antes del nacimiento.

### **2.3.2. Derecho a la identidad**

Siguiendo a Fernández (1992) al derecho a la identidad se le reconoce una doble dimensión: estática y dinámica. La primera hace alusión a los rasgos culturales, biológicos y sociales de un individuo, mientras que la segunda, hace alusión a al aspecto trascendental del individuo y tiene que ver con su proyecto de vida, verdad personal y aspiraciones profundas que den sentido a su vida

Desde un aspecto más jurídico, Junyent Bas sostiene que, “La identidad personal es un derecho personalísimo que hace a la esencia de la dignidad de ser personas. Goza de todos los caracteres de los derechos inherentes a la persona: es innato u originario, vitalicio, inalienable, se opone erga omnes, es autónomo” (2016, 45).

El jurista López y Kala (2018, p, 68) refieren que:

La identidad como derecho implica las características y rasgos que le son propios al individuo y que además sirven de elementos para diferenciarlo del resto, ya sea del orden físico, biológico, social o jurídico. Respecto a este último, primordialmente a través del nombre se le suele relacionar a un entorno familiar con las consecuencias jurídicas que esto conlleva: el parentesco, la filiación, la maternidad, la paternidad o los alimentos.

### **2.3.3. Maternidad**

Una postura jurídica de la maternidad la encontramos en Pérez y Cantoral (2013) para quienes el concepto de maternidad forma parte de filiación y se traduce en un vínculo natural y a la vez jurídico que puede provenir de la naturaleza o de la ley y por el cual quedan unidos descendientes y progenitores.

### **2.3.4. Maternidad Subrogada**

En palabras de Aguilar la maternidad subrogada:

Es un convenio por el que una mujer está comprometida frente a otra para que en su lugar pueda gestar un embrión distinto al suyo y entregar a la criatura cuando ese se desarrolle y nazca (2017, p,89).

Payalich sostienen que en la maternidad subrogada:

Existen muchísimas denominaciones sobre maternidad subrogada: maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas. Se habla de maternidad subrogada cuando se advierte una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad social, dada por la utilización de técnicas de inseminación artificial o fecundación in vitro (2019, p, 8).

Pérez y Cantoral (2013, p, 236) postulan que:

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida, implica la implantación en el útero de una mujer, del embrión para su desarrollo, mismo que deberá llevar en su seno durante toda la etapa del embarazo hasta el parto, además se caracteriza por el hecho de que la gestante no aporta material genético propio, separándose la maternidad genética y la gestación, acto que implica un cambio con la filiación tradicional.

### **2.3.5. Filiación**

Siguiendo a Espinoza (2012, p, 399) la filiación debe entenderse como aquel “Vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea su descendiente en primer grado”.

En parecido sentido, conforme postula Schmidt (Fernández, 1992, p, 81) la filiación genera “Un conjunto de derechos, deberes, funciones, y en general, relaciones entre las personas, que, en muchos casos, perduran para toda la vida”.

La Real Academia Española (2020) define la filiación como:

Relación jurídica entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho biológico o por un acto jurídico, que genera derechos y deberes recíprocos. Puede ser natural, derivada de la procreación, y puede ser matrimonial o no matrimonial y civil, que surge tras el proceso de adopción.

### **2.3.6. Interés superior del Niño**

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. Siguiendo al autor López (2015, p, 55) el interés superior del niño busca:

La potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como un fin primordial el bienestar general del niño o niña.

El tribunal Constitucional también ha desarrollado su propio concepto de lo que debe ser entendido por Principio del Interés Superior del Niño, indicando que este representa un valor especial y superior sobre la base del cual los derechos fundamentales del niño(a) así como su dignidad poseen fuerza normativa no solo al momento de legislar sino, de interpretar las leyes, constituyéndose de esa forma en un mecanismo de materialización de los derechos e interés de los menores (Expediente N° 01821-2013/PCH-TC)

### **2.3.7. Técnicas de reproducción humana asistida**

Siguiendo a Siverino (2010) de forma general puede decirse que la reproducción asistida involucra a los múltiples procedimientos que reemplazan o colaboran con uno o más procesos naturales de procreación.

Dentro de estos procesos se encuentran a) la fertilización in vitro (FIV), b) inyección intracitoplasmática de gametos (ICSI) y c) transferencia de ovocitos microinyectados (TOMI). Dichos procedimientos pueden ser clasificados en homólogos o heterólogos, los primeros tienen lugar cuando los gametos masculinos y femeninos pertenecen a la pareja que ordenó la gestación y los segundos cuando los gametos masculinos o femeninos provienen de un donante anónimo.

En la Sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica (2012) se definió a la reproducción humana asistida como:

Las técnicas o procedimientos de reproducción asistida son un grupo de diferentes tratamientos médicos que se utilizan para ayudar a las personas y parejas infértiles a lograr un embarazo, las cuales incluyen “la manipulación, tanto de ovocitos como de espermatozoides, o embriones [...] para el establecimiento de un embarazo”. Entre dichas técnicas se encuentran la Fecundación In Vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos, la transferencia intra-túbárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado (párrafos 62 y 63).

Siguiendo al connotado jurista peruano Varsi, las técnicas de reproducción humana asistida “Son aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia” (2010, p, 62).

En parecido sentido, Según Aguilar (2017) las técnicas de reproducción humana artificial son procedimientos utilizados para suplir algún proceso natural de la procreación, de modo que quien padece infertilidad pueda concretar su proyecto parental con ayuda de la ciencia médica y la biotecnología.



### III. METODOLOGÍA

#### 3.1 Tipo de investigación

**Cualitativa:** la investigación cualitativa intenta acercarse a un determinado conocimiento a partir de la observación y la percepción de determinados fenómenos sociales. Vasilachis (1998) refiere que en este tipo de investigación no interesa representar o generalizar los resultados, sino efectuar un estudio concreto a partir del análisis de datos teóricos que se contrastarán con la realidad normativa y práctica del uso de la maternidad subrogada bajo las leyes peruanas que lo regulan.

En ese sentido, según Salgado (2007) la metodología cualitativa intenta comprender profundamente los significados y definiciones de determinadas situaciones para confrontarlos con las diferentes teorías y a partir de ello, ofrecer soluciones a los problemas encontrados. De esta forma, el enfoque cualitativo de la presente investigación permitirá comprender a cabalidad los efectos de la maternidad subrogada en el derecho a la identidad de los niños venidos al mundo mediante este tipo de técnicas.

#### 3.2 Métodos de investigación

**Método jurídico funcional:** a través de este método se pretende acercarnos a la realidad a través de la jurisprudencia, los plenos, es decir desde las características cualitativas del fenómeno. El método funcional es posible en la presente investigación en tanto que se toma información de manera directa de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. El método funcional permite acercarnos a la jurisprudencia para estudiar y posteriormente describir los efectos de la maternidad subrogada en el derecho a la identidad de los infantes.

**Método teórico:** la tarea de la investigación teórica es establecer un sistema comprensivo de distintas hipótesis tomadas de fenómenos conexos o aislados, fundándose en la crítica y la reflexión de las variables comprometidas. Siguiendo los postulados de Barahona:

Podemos concebir la investigación teórica como la actividad sistemática de elaborar, construir, reconstruir, explorar y analizar críticamente los cuerpos

conceptuales (esto es, teóricos) en que se enmarcan las distintas áreas del saber. Inicialmente, es posible distinguir, al menos, tres dimensiones o funciones en las que la investigación teórica contribuye a la gestación del conocimiento académico: una dimensión organizativa, una productiva y otra crítica.

En ese sentido, se analizó las principales teorías y conceptos sobre la maternidad subrogada como un fenómeno en evolución y se estudió su aplicación jurisprudencial a la luz del derecho a la identidad y el interés superior del niño en la legislación nacional y comparada.

### **3.3 Diseño de investigación**

**Explicativo:** El método explicativo es empleado en las investigaciones que se orientan a detallar cómo ocurren los fenómenos, profundizando en sus causas y explicaciones para determinar sus efectos y consecuencias en el contexto en que se presentan (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014).

De manera que la presente investigación no se limita en la sola descripción de las variables estudiadas, sino que profundiza en sus causas y efectos producidos en las personas involucradas, especialmente en el infante, su derechos a gozar de un ambiente familiar sano, a conocer sus antecedentes biológicos y a formar su personalidad plenaante.

### **3.4 Participantes de la investigación**

El desarrollo de la presente investigación no requiere de personas distintas a la de la investigadora, el asesor y el jurado evaluador. Ello en mérito a que se trata de una investigación básica o teórica que se servirá del análisis doctrinario, jurisprudencia y normativo para cumplir cada uno de los objetivos.

### 3.5 Escenario de estudio

El estudio de la maternidad subrogada y la incidencia en el derecho a la identidad del concebido por este tipo de técnicas, tiene lugar y será desarrollado en la ciudad de Trujillo, distrito de Moche.

### 3.6 Instrumentos de recolección de la información

**La técnica de análisis documental:** la técnica del análisis documental es una técnica que permite abordar un estudio a partir de la revisión estricta de contenido bibliográfico o teórico. La fuente de información en este tipo de técnicas es indirecta y requiere de la interpretación de la investigadora para entender los conceptos que formarán su posición respecto a determinado objeto de estudio. De acuerdo a los fines que persigue la investigación y el criterio de la investigadora, el instrumento que se utilizará para la recolección de datos será la ficha de análisis documentario

### 3.7 Recolección y preparación de la información

Para el análisis del derecho a la identidad del concebido nacido mediante la técnica de la maternidad subrogada, se recolectará información de bibliotecas virtuales, revistas académicas, seminarios, congresos y todo tipo de documentación físico o virtual que aborde el tema. En ese sentido el procedimiento y preparación de la información es el siguiente:

<b>Recolección de la información</b>	<b>Filtrado de la información</b>	<b>Sistematización y organización de la información</b>	<b>Análisis e interpretación de la información</b>	<b>Ejecución del informe de tesis</b>
De bibliotecas universitarias, revistas académicas, Google	Depuración de la información según la relevancia académica	Sistematización de la información en carpetas de estudio, según el tema que	Lectura, subrayado, interpretación, parafraseo y citación de la información	Desarrollo del informe de tesis, construcción de las premisas

académicos, informes periódicos, congresos, jurisprudenci a de Legis. Pe, Vlex, La Ley, etc.	de los autores y la relación directa con el tema de estudio	trate y el aporte que pueda dar a cada objetivo, creación de carpetas de estudio conforme el marco teórico.	analizada. Registro en fichas bibliográficas y fichas de lectura.	teóricas y normativas que dan soporte a la investigación .
---	--	--	--	---

### 3.8 Ética investigativa y rigor científico

La presente investigación se empleará las dimensiones de validez y confiabilidad teniendo por premisa que las variables maternidad subrogada y derecho a la identidad del concebido pueden ser analizadas a partir de la observación documental.

Para ello, el referencial teórico citado fue previamente seleccionado según la especialidad y el reconocimiento académico de los autores. Sus obras se encuentran en revistas indexadas y constan de reconocimiento científico, habiendo sido ampliamente citadas por otros estudios avocados al tema de la identidad del concebido en la maternidad subrogada. Por ello la validez de sus aportes está garantizada también en los estudios previos.

El rigor científico se basó en la investigación documentaria a través sendos análisis de la doctrina comparada y la jurisprudencia de la Corte Suprema, de esta forma se satisficieron los criterios de validez y confiabilidad en el método e instrumentos de estudio.

Asimismo, el marco teórico respeta escrupulosamente las normas de citado dictadas por la American Psychological Association – Asociación Americana de Psicología en su sexta edición, de igual forma, la investigación sigue el esquema que establece el reglamento de tesis de la Universidad.

## IV. PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN

### 4.1 Presentación de procedimientos de análisis de la información

#### 4.1.1. Presentación de la información analizada en la jurisprudencia:

- Sentencia recaída en el Expediente N°06374-2016-0-1801-JR-CI-05.  
Proceso de Amparo, Caso Francisco Nieves Reyes y Otros Vs. RENIEC:

Sustentos fácticos:

La pareja de esposos Nieves – Ballesteros casados desde el 21 de enero de 2005 intentaron reiteradas veces procrear de forma natural, sin embargo, debido a que la señora Ballesteros tenía problemas con la maduración de sus óvulos, tener un hijo les era imposible. Es así que con ayuda de una donante anónima de óvulos fecundados *in vitro* en el vientre de la señora Rojas (casada con el señor Lázaro) y con el consentimiento de estos últimos, celebraron un contrato de maternidad subrogada que les permitiría concretar su proyecto parental.

Producto de dicha práctica reproductiva, con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron dos menores de iniciales L.N.N.R Y C.D.N.R quienes al nacer fueron registrados como hijos de la señora Rojas y el señor Nieves, puesto que ella habría declarado que era el señor Nieves el padre de los infantes y no su esposo.

Posteriormente, tras el pedido de reconocimiento de paternidad del señor Nieves y el de rectificación de maternidad de la señora Ballesteros la RENIEC declaró improcedentes dichas solicitudes al determinar la filiación por el hecho del parto.

La pareja de esposos Nieves – Ballesteros y Rojas – Lázaro impugnaron la resolución de improcedencia contra RENIEC solicitando se deje sin efecto la resolución de improcedencia y se declare formalmente como padres de los menores a los señores Francisco Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros.

### Sustentos jurídicos:

La parte demandante. - son fundamentos de la parte demandante: i) el derecho a la identidad de los menores y ii) el principio al interés superior del niño; en ese sentido, en alusión al primero de ellos, se alega que los menores podrían ver afectada su identidad y el desarrollo de su personalidad al no tener el material genético de la señora Rojas, además de que ella carece de voluntad para criarlos, cuidarlos y educarlos, puesto que solo gestó para ayudar a la familia Nieves – Ballesteros; en alusión al interés superior del niño se alega que la resolución de RENIEC se fundamenta en una interpretación restrictiva de las normas aplicables sin considerar que el superior interés de los menores es un principio elemental para la solución de ese tipo de conflictos.

La parte demandada. - la demandada considera que la señora Ballesteros no tiene vínculo genético con los menores, por lo que lo correcto sería seguir el trámite de adopción, asimismo señala también que la demandante no interpuso recurso de apelación en sede administrativo, y, por último, sostiene que la demandante no tiene derecho adquirido ni reconocido sobre los menores.

### Consideraciones del juzgador:

1. Reconocimiento de las TERAS como parte de los derechos sexuales y reproductivos de los esposos Nieves - Ballesteros. - el juzgado, acogiendo en el ordenamiento convencional, entiende que el Estado se encuentra obligado a garantizar que las parejas acudan a las TERAS como una alternativa para ejercer los derechos a la formación de una familia, la salud reproductiva y la concepción.
2. El artículo 7° de la Ley General de Salud no prohíbe el uso de la gestación por sustitución. Una interpretación en *contrario sensu* sería inconstitucional, además de que impedir el uso de técnicas reproductivas por el solo hecho de no estar reguladas en el artículo 7° de la Ley General de Salud sería desconocer el principio de legalidad por el cual “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Por tanto, a

razón del juzgador el contrato de maternidad subrogada celebrado por los demandantes es perfectamente válido.

3. El derecho a fundar una familia como manifestación del derecho a la personalidad, reconocido en favor de Francisco Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau quienes tiene efectivo derecho a acudir a la maternidad subrogada como medio para procrear, no puede ser cuestionado por RENIEC pues la forma o modo como se forma una familia ha cambiado y se ajusta a las exigencias contemporáneas en armonía con el ordenamiento convencional y los avances de la ciencia.
4. La voluntad procreacional de la señora Ballesteros como indicador en favor del Interés Superior del Niño, el juzgador reconoce en la señora Ballesteros la voluntad de traer al mundo un hijo, a diferencia de la señora Rojas que desde el primer momento expresó su voluntad de entregarlo, prestándose tan solo como portadora. Situación que fue corroborada con el hecho de que la señora Ballesteros era quien tenía a los menores bajo su cuidado, brindándoles la calidez de un hogar junto a su esposo.

De tal forma que el juzgador le reconoce a la familia Nieves – Ballesteros la maternidad y paternidad sobre los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R ordenando a RENIEC dejar sin efecto la resolución impugnada y proceda con el reconocimiento formal de paternidad en favor de la sociedad conyugal Nieves – Ballesteros.

- Casación N°5003-2007-Lima, del 8 de mayo del 2008, Caso impugnación de maternidad - Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma:

La señora Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas impugna el reconocimiento de maternidad de la señora María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila alegando que la demandada no es madre biológica de la menor, puesto que ella habría sido inseminada artificialmente con un óvulo

donado y el espermatozoide de la demandante, el señor Custodio Olsen Quispe Condori sin mediar consentimiento de este último. De manera que, conforme el examen de ADN el menor Olsen Fabrizio Quispe Oblitas es medio hermano por parte de padre de la menor Alicia Beatriz Alfaro que ha sido reconocida como madre por la demandada, reconocimiento que es impugnado pues a entender de la demandante su hijo tiene interés legítimo en la realidad biológica de su media hermana.

La Sala entiende que la comprobación de la filiación (en términos netamente genéticos) es elemento suficiente “así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses” para dar por acreditada la legitimación del menor. Así, el juzgador procede a declarar nula la resolución que declara improcedente la demanda y ordena se expida nueva resolución.

Al respecto quedan algunas interrogantes que merece la pena resaltar, la primera dice respecto de que al amparar el recurso presentado por la señora Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma y alegar que la maternidad reconocida por María Alicia Alfaro Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila es ilegal, se genera incertidumbre sobre el destino de la menor, puesto que al carecer de vínculo biológico con quien buscó su gestación y era considerada como su madre, esta quedaría huérfana y desprotegida, ligada tan solo genéticamente al señor Custodio Olsen Quispe Condori (su padre que no supo ni consintió su fecundación *in vitro*) y su esposa, promotora de su desvinculación materna.

La segunda preocupación es el accionar de la clínica que habría practicado la inseminación *in vitro* con el material genético de Custodio Olsen Quispe Condori sin que este haya brindado su consentimiento expreso, generándole una paternidad no deseada y causándole responsabilidades filiales sobre una menor que no esperó tener. De comprobarse este hecho verdadero, la clínica debería como mínimo ser multada por la falta de ética en su accionar.

Otra preocupación que surge es el hecho de que la señora María Alicia Alfaro Dávila haya utilizado el semen del señor Custodio Olsen Quispe Condori (su ex pareja) sin su autorización para practicarse la técnica de



fecundación asistida, generando así un acto abusivo en contra de este último quien, a nuestro sentir, podría ser indemnizado ya sea por la señora Alfaro o por la misma clínica de fertilidad.

Finalmente es reprochable también el accionar de la demandante pues su interés en el proceso es que la menor se quede sin madre y eso no es concordante con el principio al interés superior de niño, una situación que al parecer no ha sido adecuadamente advertida por el juzgado, puesto que, al amparar la pretensión demandada, quebró la situación de la niña, quien hasta ese momento vivía en un entorno familiar con quien la gestó, la cuidó y la crio como su madre.

- Sentencia recaída en el expediente N° 183515-2006-00113, impugnación de maternidad – Caso Carla See Aurish Vs. Lucero Aurish Oliva y Otro.

La señora Carla Monic See Aurish padece insuficiencia renal e hipertensión arterial situación que pone en riesgo su vida si se da el caso de quedar embarazada. En ese contexto, ella y su esposo deciden recurrir a la fecundación *in vitro* utilizando su propio material genético tanto de ella como de su esposo. Para el caso, quien lleva adelante la gestación es la mamá de la señora Carla Monic, la señora Jenni Lucero Aurish de la Oliva, al nacer la menor de iniciales D.M.A el médico tratante la anota en la partida como hija de la señora Jenni Lucero Aurish de la Oliva y de su yerno Luis Eduardo Mendoza Barber. Ante tales circunstancias, la madre genética de la menor interpone recurso de impugnación de maternidad solicitando se declare que la menor D.M.A es hija suya y de su esposo.

De manera que, debido al error ocasionado por el médico quien desconoció la legitimidad del contrato de maternidad subrogada celebrado de manera altruista entre la pareja de esposos y la abuela de la menor gestada, la actora Carla Monic See Aurish y la menor de iniciales D.M.A pasarían a ser medias hermanas al ser hijas de doña Jenni Lucero Aurish de la Oliva, situación que conlleva problemas de patria potestad, herencia e identidad del menor.

El juzgado considera que el pasar del tiempo, sumado a los avances de la ciencia médica y de la biotecnología, han traído nuevas situaciones en lo concerniente a las estructuras clásicas empleadas para determinar la filiación, en ese sentido, amparándose en el hecho de que el órgano jurisdiccional no puede dejar de administrar justicia por el hecho de que la maternidad subrogada no esté regulada en el Perú y acogiéndose a la prueba de ADN que arrojó su resultado a favor de la actora, considerando además que la abuela gestó en un acto amoroso y altruista a su nieta, decide amparar la pretensión y reconocer la maternidad biológica de la Monic See Aurish.

#### **4.1.2. Presentación de la información analizada en el derecho comparado**

- **Países donde se prohíbe la gestación por sustitución**

**España:** como se anticipó en los párrafos precedentes, el artículo 10° de la ley 14/2006 prescribe que es nulo de pleno derecho la gestación por sustitución sea que esta fuera onerosa o altruista, asimismo el artículo 221° del Código Penal sanciona con pena privativa de libertad de hasta cinco años, la conducta de entregar a otra persona un hijo(a) a cambio de dinero, sea o no descendiente.

**Alemania:** el artículo 1.7 de la Ley de Protección al embrión – Gesetz zum Schutz von Embryonen – sanciona taxativamente la gestación por sustitución con una pena privativa de libertad de hasta 3 años más una multa. El Código Penal por su parte, en su artículo 1591° prescribe que la filiación se determina por el parto, ello sin importar que no coincida la carga genética con el infante.

**Francia:** Francia mantiene una eterna prohibición de la gestación por sustitución desde 1994, la Ley N°94-653 establece que es nulo cualquier acuerdo de gestación por sustitución. Asimismo, el Código Penal francés la sanciona con seis meses de prisión y una multa de 7.500 euros.

- **Países donde se permite la gestación por sustitución**

**Canadá:** en el territorio canadiense está permitida la gestación por sustitución siempre que sea de forma altruista y no exista comercio de la capacidad reproductiva de hombres y mujeres. El fundamento para la permisión es la salud y el bienestar de los niños llegados al mundo mediante estas técnicas. Según la *Ley de Assited Human Reproduction* de 2004 los requisitos para que se produzca la maternidad sustituta son los siguientes: i) que la madre sustituta sea mayor de 21 años, ii) que el material genético sea de tercero donante, los solicitantes o la madre gestante pero siempre de forma gratuita, iii) es posible que la practiquen canadienses o extranjeros, iv) no importa sexo, genero, estado civil, es decir se permite a todos sin importar sea homosexual heterosexual, lesbiana, casados o solteros. Asimismo, la legislación canadiense solo acepta intercambio de dinero a manera de contribuciones propias de los gastos de embarazo o por el dinero dejado de percibir durante dicho proceso. Cualquier otro tipo de contraprestación económica está expresamente prohibida.

**Australia:** no existe en Australia una ley que regule de forma integral la maternidad subrogada, sin embargo, cada territorio tiene su propia regulación que la permite de acuerdo a los valores sociales de su población. Sin embargo, se han encontrado algunas características comunes en torno a la maternidad sustituta:

1. En los territorios de Australia es la prohibición de la gestación sustituta con fines comerciales.
2. La madre gestante es la presunta madre, por ello, la pareja que ordene la sustitución de vientre deberá acudir a los tribunales australianos para que se reconozca el contrato de gestación subrogada.
3. Los acuerdos de gestación por sustitución no son exigibles ante la ley, es decir, si la mujer gestante quiere quedarse con el bebé o irrumpir el embarazo, los comitentes no pueden tomar acciones legales en su contra, de igual forma, si ellos no quieren

recibir al bebé al final del proceso de gestación, la mujer gestante tampoco podrá tomar acciones en su contra.

4. En algunos estados de Australia se exige que la pareja pruebe fehacientemente su condición de infertilidad, para que esta práctica no quede abierta a la población en general.

De manera que, para llevar a cabo la gestación por sustitución en Australia, se requiere i) infertilidad comprobada en la pareja, ii) la gestante debe hacerlos con fines altruistas, iii) el acuerdo debe celebrarse previo al embarazo, iv) las personas involucradas deben ser nacionales y mayores de 25 años, v) es necesaria la asesoría psicológica y legal a los intervinientes para que exista un consentimiento informado de las implicancias médicas, psicológicas y sociales.

Finalmente, es propicio indicar que de no haber problemas y la madre gestante entregue al niño, los padres que ordenaron la gestación pueden quedarse con él desde que este nace, sin embargo, para que su paternidad sea reconocida legalmente deberán acudir al juzgado solicitando que la paternidad se transfiera en favor suyo.

**Portugal:** Portugal ha permitido la gestación por sustitución recientemente desde el año 2016 con la dación de la Ley N°25/2016, misma que en su artículo 8 prescribe que por medio de la gestación por sustitución la mujer gesta para otro y está obligada a entregar al niño al finalizar el parto, renunciando a su vez, a los derechos y deberes de la maternidad.

Entre los requisitos para que se produzca la gestación por sustitución se encuentran:

1. Que la mujer padezca algún problema vinculado que impida o imposibilite un embarazo natural.
2. Se deberán utilizar gametos de uno de los padres de intención.
3. La mujer que gesta para otro, no puede aportar sus óvulos.

4. Ningún acuerdo de gestación por sustitución tendrá validez si no existe autorización del Consejo de procreación medicamente asistida.
5. Solo se permiten pagos por conceptos de gastos propios del embarazo, no se permite la contratación onerosa de vientres.
6. No debe existir relación de subordinación o dependencia económica entre las partes.

Posteriormente, la comentada Ley portuguesa fue modificada e introdujo algunas innovaciones como, por ejemplo, que la madre sustituta solo podrá serlo si ya ha sido madre antes de someterse a dicho tratamiento, que se deba preferir como gestante a un familiar de la familia solicitante hasta el segundo grado o hasta el cuarto en línea colateral.

#### **4.2 Análisis y discusión de procedimientos de análisis de la información**

Conforme puede apreciarse de la jurisprudencia citada (Caso Francisco nieves Reyes y Otros Vs. RENIEC) las TERAS y dentro de ellas la maternidad subrogada, son legalmente reconocidas por el Estado peruano como un medio adecuado para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, es decir, el Estado garantiza que por medio de este tipo de técnicas las familias peruanas puedan tener hijos y ejercer plenamente su maternidad/paternidad conforme lo reconocen los artículos 4°, 5° y 6° de la Constitución.

Lo anterior es concordante también con lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en una oportunidad ha sostenido que el hecho de poder ser madre es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. En este sentido, 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” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012, párrafo 150).

De manera que, pese a que el contrato de maternidad subrogada no esté expresamente reconocido en ningún cuerpo normativo del derecho peruano, se entiende por el principio de legalidad que lo que no está prohibido es constitucionalmente válido. En ese sentido la jurisprudencia nacional y convencional han reconocido la legalidad del contrato de maternidad subrogada como un medio legítimo para formar una familia, el cual debe ser reconocido a efectos de reconocer la condición de madre de quien acudió a dicho método.

Por otro lado, hay quienes se oponen a la mercantilización de la vida humana y de la capacidad reproductiva de la mujer. Quienes serían consideradas como mero instrumento procreativo – “incubadoras humanas” – en favor de intereses de terceros con capacidad de pagar por esos servicios (Gómez, 1994). Así, por ejemplo, en los estudios de Mercado (2019) se concluye que:

El vientre de alquiler es una práctica deshumanizadora y violatoria de la dignidad humana de la mujer y del niño objeto del contrato. Esta práctica no vela por el bienestar de las personas. La comercialización de personas o funciones humanas tan íntimas como la gestación no tiene cabida dentro de nuestro ordenamiento jurídico que vela desde la Constitución por la protección de la persona humana y la defensa de su dignidad (Mercado, 2019, p, 55).

Sin embargo, pese al rotundo rechazo de la bachiller – apoyado por cierto, en un sector reducido de la doctrina, entre ellos los autores argentinos Sambrizzi y Cirion, - no compartimos dicho criterio pues como sostiene Roudinesco “No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. La gestación por sustitución es la continuación de la procreación médicamente asistida” (Citado por Lamm, 2012, p, 40).

De hecho, compartimos el pensamiento de que las técnicas reproductivas en su conjunto son una oportunidad para superar la barrera biológica de la infertilidad, de manera que, si bien no existe regulación integral en el Perú, como sostiene Siverino (2010) esperemos que progresivamente se vayan consolidando posiciones que regulen positivamente estas cuestiones, sin dejar de lado el rol protagónico de las mujeres como sujetos plenos de derecho y sobre todo, pensando en que las manifestaciones del derecho a la identidad merecen un abordaje interdisciplinario.

Sobre la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante técnicas reproductivas, consideramos importante la postura de Payalich, quien sostiene que la maternidad subrogada, la inseminación *in vitro* y la inseminación artificial en general “Pueden alterar principios, máximas filiatorias tales como Mater Semper certa est” (2019, p, 29).

Con esta afirmación, el autor hace referencia a que la reproducción humana artificial obliga al Derecho de Familia a cambiar el criterio tradicional que se utilizaba para determinar la filiación, pues ya no solo se ha de considerar el hecho del parto, sino también *voluntad procreacional, el derecho a la identidad del menor y principio rector de los procesos de familia: el interés superior del niño* (Lamm, 2012, p, 22-27). En este sentido, con fecha seis de diciembre de 2011 la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundado un recurso de casación presentado por una gestante y su pareja quienes desde el inicio del procedimiento habían acordado entregar a su hija a cambio de dinero, la Sala dentro de sus considerandos puntualizó lo siguiente:

se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el

derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña (Corte Superior de Justicia, 2011, F.J tercero).

Nótese entonces que la llegada de las TERAS ha permitido quebrar el viejo principio romano que determina la maternidad con el solo hecho del parto, para dar paso al elemento volitivo como factor determinante de la filiación, puesto que de esta forma se protege el derecho de los menores a crecer en una familia que verdaderamente desea tenerlos, acogerlos y acompañarlos durante el proceso de su desarrollo.

Ahora bien, respecto al derecho de los niños nacidos mediante la maternidad subrogada de conocer al donante de su material genético se ha observado lo siguiente: Théry (2009) señala que existen diferentes tipos de “donaciones” en el marco de la reproducción humana artificial, el primero es la donación de espermatozoides, el segundo la donación de gametos y el tercero la donación de embriones, destaca el autor que todos ellos siguen la misma regla: *el anonimato del donante*. Puntualiza el autor que, en realidad, la identidad del donante es muchas veces conocida por la clínica tratante, pero no por los protagonistas del proceso artificial, es decir que ni el donante conoce quien nació de su donación, ni el nacido podrá saber cuál es su origen biológico (Théry, 2009, p, 24-25).

No obstante, pese a que esta sea una realidad en muchos ordenamientos de la región, incluido el Perú, existe una tendencia en auge al levantamiento del anonimato en las donaciones de material genético. Ello con la finalidad de que el concebido tenga acceso a su identidad biológica como elemento esencial en la formación de su personalidad. Se ha podido advertir que en los gobiernos de Francia, Suiza, Austria, Noruega, Nueva Zelanda, Reino Unido y Bélgica se ha levantado el anonimato de donantes de gametos, embriones y espermatozoides. Son distintas las legislaciones en cada uno de los citados países, muchos de ellos han optado por crear un registro con los datos de los donantes, al cual se puede acceder de manera voluntaria, otros en cambio lo habilitan cuando el nacido cumple la mayoría de edad (Théry, 2009, p, 25-26).



## V. CONSIDERACIONES FINALES

1. La maternidad subrogada es una técnica de reproducción humana asistida que posibilita a parejas infértiles, mujeres solteras y parejas del mismo sexo traer un hijo al mundo con la ayuda de una tercera persona que gestará en su vientre al bebé que deberá entregar al final de la concepción. Este acuerdo de voluntades puede ser oneroso o gratuito según el país donde se celebre y su esencia es gestar un bebé por encargo, es decir, existe una pareja que ordena la gestación, y una mujer que acepta llevar en su vientre un hijo ajeno que deberá ser entregados a sus padres intencionales. De pos sí, el uso de esta técnica trae problemas para determinar la filiación del infante, más aún cuando la madre gestante se niega a entregar al bebe o existe disociación entre la madre genética y la madre portadora. Las legislaciones de Latinoamérica en su mayoría han optado por el anonimato de los donantes de material genético, situación que transgrede el derecho de identidad de los niños nacidos mediante este tipo de técnicas.
2. El contenido protegido por el derecho a la identidad de los niños nacidos mediante el uso de la maternidad subrogada comprende una doble dimensión, estática y dinámica. La primera dice respecto a los datos vinculados con el registro civil tales como nombre, apellido, nacionalidad, huellas dactilares, pertenencia consanguínea, etc. y la segunda, refiere a aquella identidad que no es estática como la primera, sino que cambia constantemente y se construye de acuerdo a los valores, creencias e inclinaciones de la persona. La importancia de que los niños llegados al mundo en vientres de alquiler conozcan sus orígenes históricos y crezcan en un ambiente familiar que los buscó y esperó para cuidarlos y acompañarlos, radica en que estos elementos contribuyen que el niño desarrolle plenamente su personalidad y pueda proyectarse en la sociedad conforme a los valores y creencias aprendidas desde el hogar en el marco de una sociedad que garantiza el acercamiento a su historia y permite encontrar su unicidad como ser humano.
3. Acceder a los avances científicos en el campo de la medicina reproductiva, hacer uso de las tecnologías reproductivas y poder traer al mundo un bebé con ayuda de las TERAS, dentro de ellas la maternidad subrogada es un derecho ampliamente reconocido en el Perú, y los países de diversos ordenamientos jurídicos. Este derecho se reconoce como una manifestación de los derechos

sexuales y reproductivos, en la medida que posibilita el deseo de ser madres/padres a personas que no pueden serlo naturalmente o a quienes un embarazo podría en riesgo su salud e incluso su vida. No obstante, el uso de la maternidad subrogada y de las técnicas reproductivas no puede ser indiscriminado, pues se deben considerar cuestiones ético morales inmersas en la práctica médica tales como la selección de sexo, rasgos corporales e intelectuales, derecho a la identidad del concebido, el comercio reproductivo, el tráfico de material genético, la explotación de la capacidad reproductiva de la mujer y el tráfico de bebés – cuestiones que sin lugar a dudas suceden diariamente en el campo de la reproducción medicamente asistida y que el derecho no ha sabido integrar en una regulación multidisciplinaria que vele por los derechos de los niños y las mujeres inmersas en estos procesos reproductivos tan demandados en la actualidad.

4. El derecho comparado no es uniforme en el tratamiento de la reproducción humana asistida. Especialmente en el caso de la maternidad subrogada existen Estados como California, New York, Reino Unido, Australia, Suiza, Francia que permiten este tipo de acuerdos estipulando causas especiales bajo la orden social de cada país. Se ha encontrado que cada legislación contempla requisitos para su aplicación tales como: el fin altruista de la madre portadora, la imposibilidad de gestar naturalmente de la pareja que ordena la gestación, que los gametos pertenezcan a los padres de intención, que no se permita la donación de óvulos, espermias o embriones, etc. Gobiernos más cercanos como Uruguay, Argentina, México, Chile y España tienen una carente regulación de la maternidad subrogada, situación que está vinculada directamente con la afectación de la identidad de los niños venidos al mundo con esta técnica pues, esta situación obliga a los denominados comitentes (padres de intención) a presentarse ante los tribunales a efectos de que se determine la filiación del niño que nace. En el Perú, Ley General de Salud prohíbe la gestación heteróloga, es decir, no se permite que la madre genética y la madre portadora sean la misma persona. Sin embargo, la jurisprudencia ha legitimado los contratos de maternidad subrogada y ha priorizado el interés superior del niño y el elemento volitivo como elementos esenciales para determinar la filiación del menor, ello más allá del viejo principio romano *Mater semper certa est*.

## VI. RECOMENDACIONES

1. Se recomienda atender a los múltiples proyectos de ley que intentan regular la maternidad subrogada en el Perú y esperan ser debatidos en los archivos de congreso. Se debe considerar el papel protagónico de la mujer como un ser libre que goza de derechos y que debe tener al alcance todos los medios tecnológicos para concretarlos, pero bajo el respeto a la identidad del concebido que merece – si así lo desease en alguna etapa de su vida – conocer sus orígenes biológicos.
2. Los registros civiles deben reconocer que el avance de la ciencia médica reproductiva obliga al derecho a adecuarse a las nuevas exigencias de la sociedad, en ese sentido, se debe reconocer que la maternidad no solo se determina por el hecho del parto, sino que cuando se trate de niños nacidos mediante TERAS prima la voluntad procreacional, es decir, quienes buscaron la llegada del bebé deben ser inscritos como sus padres, pues de esta forma se estaría atendiendo al principio del interés superior del niño. De manera que, se recomienda actualizar las inscripciones de nacimiento en este sentido y considerando cada caso en concreto.
3. Se recomienda que el contrato de maternidad subrogada sea reconocido expresamente en algún eventual proyecto de ley, y en él, se consigne que solo son permitidas consignaciones económicas que obedezcan a atender al proceso de gestación y cuidado de la mujer gestante. Es decir, no deben permitir contrataciones onerosas de vientres, pero tampoco se debe dejar en la desprotección a quien gesta para otro. Asimismo, se recomienda implementar un registro con los datos del donante al cual deben tener acceso los médicos encargados del proceso reproductivo y, posteriormente custodiados por la clínica encargada para poder ser consultado por la persona que nació mediante TERAS y desea conocer sus orígenes biológicos.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, B. (2017). Ausencia de normas sobre maternidad asistida generan problemas. Urge normatividad. *Revista Actualidad Civil*. (36) Instituto Pacifico, Lima, Perú.
- Agurto., C y Quequejana, S. (2019). Derecho privado, persona y responsabilidad civil. *Ediciones Olejnik*. Santiago de Chile, Chile.
- Barahona, Q. (2012). El papel de la investigación teórica en la construcción del conocimiento. *Revista Rupturas* (3) 1, p, 2-16.
- Calvo., C y Carrascosa, G. (2015). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos d Derecho Internacional* (2) 7, p, 45-113.
- Cárdenas., K. (2015). Fecundación asistida y consentimiento informado: ¿Qué tan informado es dicho consentimiento? *Lumen, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina Sagrado Corazón*. p, 19-31.
- Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro*) Vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Revisado el 16/01/2021. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Cifuentes., P y Guerra, P. (2019). Gestación por sustitución o maternidad subrogada: Chile y la legislación comparada. *Biblioteca del Congreso Nacional*. Asesoría Técnica Parlamentaria. Chile.
- Cirión., A. E. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *Dilemata*, (28), 123-135.
- Clarín (2008). Inédito fallo a favor de pareja que no puede tener hijos. Noticia del 14 de junio de 2008. Disponible en: [https://www.clarin.com/sociedad/inedito-fallo-favor-pareja-puede-tener-hijos\\_0\\_ryG71T0pYx.html](https://www.clarin.com/sociedad/inedito-fallo-favor-pareja-puede-tener-hijos_0_ryG71T0pYx.html)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). UNICEF. 20 de noviembre de 1989. Visitado el 14/01/2021. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

- Corte Superior de Justicia. (2011). Recurso de Casación N°563-2011. Caso Isabel Castro Muñoz. Lima, Perú.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Naciones Unidas. Visitado el 14/01/2021. Disponible en: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Díaz., C. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. *Anuario de la Facultad de Derecho (XXXI)* 459-482.
- Donoso, R. (2006). Identidades nacionales y postnacionales en América Latina. Aportes y preguntas desde la comprensión de Jürgen Habermas. *Sociedad Hoy*, 73-83.
- Espinoza., J. (2012). Derecho de las personas. Concebido y personas naturales. Tomo I. *Editora Jurídica Grijley*. Sexta edición, Lima, Perú.
- Fernández., S. (1992). El derecho a la identidad personal. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Fernández., S. (2006). El derecho como libertad. Tercera edición. Ara Editores: Lima, Perú.
- Gamarra., S. (2018). Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia. (*Tesis para optar al grado de maestro en ciencias con mención en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional Efectiva*) Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, Arequipa.
- Gómez, S. Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. Marcial Pons: Madrid, España.
- Guzmán, A. (2001). Inseminación Artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modelo de filiación. México, Universidad Veracruzana.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista. (2014). *Metodología de la investigación*. Santa Fe, Colombia: INTERAMERICANA EDITORES.
- La Nación (2007). Sentencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, jueza López Vergara. Revisado el 12/01/2021. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/>

- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. *Realidad y Derecho*. Barcelona España. p, 1-49.
- Ley General de Salud (1997). Congreso Constituyente del Perú. Revisada el 04/01/2021. Disponible en: <http://www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf>
- López., C. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, p, 57-70.
- López., S y Kala, C. (2018). Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad. *Ciencia Jurídica*. Universidad de Guanajuato (7) p, 65-76.
- Mattos, E. (2017). “Técnica de maternidad subrogada y la vulneración del derecho a la identidad de los menores en Perú”. (*Tesis para optar el título profesional de abogada*). Universidad Cesar Vallejo, Trujillo.
- Mercado, S. (2019). Vientre de alquiler versus el derecho a la identidad: un problema no resuelto. (*Tesis para optar el título profesional de abogada*) Universidad de Piura, Piura.
- Nicanor, U. (2012). La “Convergencia de Tecnologías (CT) y la Mejora Técnica del Ser Humano: Una visión Tecno-Futurista. *Revista de filosofía Thémata*. (46)
- Notrica, F. (2017). La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional. Universidad de Buenos Aires, p, 1-4.
- Núñez., C. (2010). Mujer y Reproducción. *Revista Mujer, Mujeres y bioética* (23). Universidad Pontificia Comillas, Madrid.
- Payalich, C. (2019). Maternidad subrogada y su reconocimiento en el Perú en beneficio del interés superior del niño. Análisis del criterio expuesto en la Casación N°0674-2016-0-1801-JR-CI-05. Universidad Católica San Pablo.
- Pérez, G., y Cantoral, K. (2013). La dignidad del menor en caso de la maternidad subrogada en el Derecho Mexicano. Una propuesta legislativa desde la academia. *Revista Boliviana de Derecho* (17) p,320-251.

- Real Academia Española. (2020). Filiación. Diccionario Panhispánico del español jurídico. Consultado el 20/01/2021. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/filiaci%C3%B3n>
- Salazar., B. (2017). La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos. *Revista de Derecho Político*. (99) p, 79-120.
- Salgado., L. (2007) Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos. *Liberabit*. Universidad de San Martín de Porres (13) p, 71-78.
- Sambrizzi., E. (2012). Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el proyecto de reformas. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (11), Buenos Aires.
- Siverino., P. (2010). ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas. *Revista Jurídica UCES*. p, 19-42.
- Théry, I. El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento. *Revista de Antropología Social*. (18). p, 21-42. Madrid, España
- Tribunal Constitucional (2010). Caso Ibáñez Orellana, sentencia recaída en el expediente N°. 5829-2009-PA/TC. Lima, Perú.
- Varsi., R. (2010). El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. Razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria paternidad – procreación asistida y socioafectiva. Lima- Jurista Editores E.I.R.L.
- Vasilachis, D. G. (1998). *Métodos cualitativos. Los problemas teórico-epistemológicos*. Buenos Aires, Argentina: Centro Editor de América Latina
- Vásquez., B. (2019). Maternidad subrogada en México: regulación, problemática y reconocimiento como un derecho humano. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. (16).
- Vértiz., O. (2018). Implicancias de los contratos de maternidad subrogada sobre el derecho fundamental a la identidad del concebido por la técnica de reproducción humana asistida de maternidad subrogada, Arequipa, 2017-2018". (*Tesis para*

*obtar el grado de maestro en Derecho Civil) Universidad Católica Santa María,  
Arequipa.*

Zencovich., V. (1993). *Identita personale. Digesto, discipline privatische. IV edizione.*  
Utet, Turín, Italia.



# **ANEXOS**

## ANEXO N° 1 - FICHAS DE REGISTRO

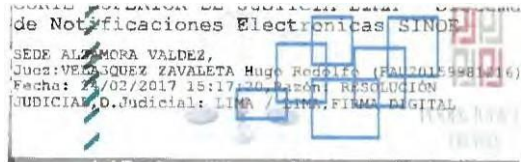
<b>Ficha de parafraseo</b>	
<b>Tema o asunto:</b>	
<b>Autor:</b>	
<b>Libro, artículo, ley, caso judicial, etc.</b>	
<b>Dato (pág.)</b>	
<b>Fecha:</b>	

<b>Ficha de lectura</b>	
<b>Tema o asunto:</b>	
<b>Autor:</b>	
<b>Libro, artículo, ley, caso judicial, etc.:</b>	
<b>registro (pág.):</b>	
<b>Fecha:</b>	

## ANEXO N° 2 – MATRIZ DE CATEGORIAS Y SUBCATEGORIAS

CATEGORIAS	SUBCATEGORIAS
<b>Maternidad subrogada</b>	Acceso a registro de los padres de intención
	Uso de gametos donados
	Reconocimiento del contrato de maternidad subrogada
<b>Derecho a la identidad del niño</b>	Inscripción del menor como hijo de quienes buscaron su llegada
	Incurción del menor en un ambiente familiar
	Acceso a conocer sus orígenes biológicos

## Anexo N° 3 – SENTENCIAS ANALIZADAS



### 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 Registra! N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registra! 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 ejercerlo.

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 200º, 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 1º 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, 8-8 y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el

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

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónomo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado "acuerdo privado de útero subrogado" (Anexo 5).
4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-8). 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-JR1OLIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR1 OLIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-8).
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 Urca-, 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, sí 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 425º 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° 299-2016-0RSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-0RSBORJ-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 Urca 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 Urca 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 Urca también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urca, 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 Urca 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 1 O). 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 fundamenta/es como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia"* (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1 ).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOVENO: En efecto, de un lado podría decirse que el supuesto de hecho previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud que habilita el uso de TERAs, tácitamente quiso proscribir los otros supuestos que no menciona o, de otro lado, también podría afirmarse que la omisión de aquella norma significa que simplemente no quiso regular otros supuestos. Tal situación, el hecho que

una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica 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

---

<sup>1</sup> En esa línea, recuerda De Trazegnies que las reglas tienen una estructura donde existe un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que se atribuye al supuesto fáctico, *"para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el "supuesto de hecho como [la consecuencia] constituyan una polaridad lógica que no admita otras posturas. Si el {supuesto de hecho} admite otros hechos ajenos a la polaridad o si {la consecuencia} admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria ... Quizá un ejemplo casero puede ayudar a comprender mejor el problema lógico: en el caso de que una persona tenga gripe [supuesto de hecho], debe administrársela aspirina [consecuencia]; pero de ello no se sigue que sólo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársela aspirinas"*. DE TRAZEGNIES, Fernando. *El derecho civil y la lógica: los argumentos a contrario*. En: Themis-Revista de Derecho, N° 12, Lima, 1988, p. 66.



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

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

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

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

DECIMO PRIMERO: Ahora bien, con respecto al derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas "familias ensambladas" que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"te 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 1 O). 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 intetvencion estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra" (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)*

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

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

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

"... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles"<sup>2</sup>

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

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la **identidad** de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 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-AAfTC 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

---

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

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

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

### **DECISIÓN:**

Por las razones expuestas y al amparo del artículo 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:

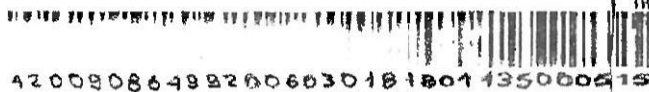
- 1.- **SE DECLARA NULAS** las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJ-JR1 OLIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR1 OLIM-GOR-RENIENC, asimismo, **SE ANULAN** las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885.
2. **SE ORDENA a RENIEC** que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales 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.

PODER JUDICIAL DEL PERU  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA  
LIMA

Edif J1111ier Alzamora Valdez

Henry Alzamora Valdez

08105/2009 09:40:33  
Pg 1 de 1



DEFENSORIA DEL PUEBLO  
TRAMITE DOCUMENTARIO  
RECIBIDO

11 MAY 2009

N° 86498

D. t. e. o. i. j. w. i. s. s. a. s. - I. P. L. C. - I. P. L. C. - I. P. L. C.  
N.º 1  
W. I. I. A

JUZGADO 15º JUZGADO FAMILIAR  
ESPECIALISTA LEGAL TUPAC YUPANQUI RODAS, IRMA

DEMANDANTE  
DEMANDADO

AVIUMI de TUPAC YUPANQUI

AVIUMI de TUPAC YUPANQUI

DEFENSORIA DEL PUEBLO - AMICUS CURIAE

22 080 2

Dirección: LECAT - JR. UCAYALI 388 LIMA - LIMA / LIMA / LIMA

Sección: Resolución TREINTA Y UNO de fecha 27/02/2009 a F. 13

ANEXANDO LO SIGUIENTE

AOJ.RES N° 01 - SENTENCIA 01/01/09

**URGENTE**

PODER JUDICIAL 06 MAYO 2009 15

J. ENCISO

HENRY GALLARDO NIÑOPE  
ASISTENTE JUDICIAL

15º Juzgado de Familia de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA MF3-127582-0

16 DE MAYO DE 2009

PODER JUDICIAL

DECIMOCINCO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

Expediente Nro. : 183515 - 2006 - 00113.  
Españolista : María Ida Torres Yupanqui.  
Demandante : Carla Monic See Aurish.  
Demandados : Lucero Aurish de la Oliva y otro.  
Materia : IMPUGNACION DE MATERNIDAD.  
Juez : Dra. Nancy Coronel Aquino

SENTENCIA

RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.

Lima, seis de enero  
Del dos mil nueve.-

VISTOS: Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145. subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: I) Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber y II) Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base e los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: I) Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; I) Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que constató que padecía de insuficiencia renal, al padecer una lesión en el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio de dos mil cinco, se determinó que tenía "... riñones hipoplásicos, de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones"; enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria indocumentada

15/01/09

atendido que motivó que el riñón derecho se auto cicatrizara dejando así de funcionar por completo. dudo lugar, con el doble trabajo del riñón izquierdo y por ende el desgaste más rápido de lo normal, que al diagnosticarse el "síndrome de hipertensión arterial por analgésicos" el médico tratante, doctor Batillana le confirmó que su organismo nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir; 3) Que al no resistir la idea de tener una familia conformada solo por ella y su cónyuge) sabiendo que los procedimientos de adopción en el Perú son engorrosos, decidieron buscar posibilidades científicas, y es así que llegan a la Clínica de Miraflores, siendo atendidas por el doctor Augusto Ascenzo quien les confirmó la posibilidad de emplear el método de "maternidad subrogada", denominado así por el hecho que es otro vientre, distinto a la de la madre, que da cobijo a un ser humano durante nueve meses. el mismo que ha sido concebido con el óvulo y espermatozoide de una pareja heterosexual distinta a la dueña del vientre que lo albergara; 4) Que habiendo la madre de la actora, Jenny Lucero Aurich De La Oliva, ofrecido su vientre para posibilitar la procreación de un hijo, se realizó el procedimiento de "maternidad subrogada" en cuyo vientre se iba implantar el embrión concebido con las células sexuales de la pareja; 5) Que después de varios procedimientos y exámenes pertinentes, en septiembre del dos mil cuatro, se realizó la extracción de los óvulos de su persona, así como los espermatozoides de su cónyuge Luis Eduardo, para llevar a cabo la fecundación in vitro, que al haberse procedido a la concepción, el embrión fue insertado en el vientre de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva, con un diecinueve por ciento de albergarla exitosamente, culminado la

técnica humana del embarazo, el mismo que se hizo con normalidad, hasta que el seis de mayo del dos mil cinco, cuando la niña Daniela tenía siete meses y veinte días de gestación, nace mediante cesárea en la Clínica de Miraflores, y desde aquella fecha ha sido entregada y criada por su persona y la de su esposo en condición de padre de la menor; 6) Que sin embargo el día que nació su hija, la Clínica de Miraflores consigna en la partida de nacimiento, de manera errónea, que la madre de Daniela era Jenny Lucero Aurich De La Oliva, esto es que, según la partida de nacimiento Daniela y la actora son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, lo cual resulta un problema en lo concerniente a la patria potestad, herencia, identidad de la menor y otros supuestos jurídicos más. Ampara su demanda en los Artículos 2º inciso 1º) 4º de la Constitución Política del Estado; Artículos 1º, 9º, 20º, 233º, 236º del Código Civil; Artículos I, IX del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes; Artículos 6º, 8º del mismo cuerpo legal y demás normas que allí se precisa. Que tramitada la causa con arreglo a su naturaleza, por resoluciones dos y cuatro, de fojas 244 y 257, se admite a trámite la demanda de impugnación de maternidad en la vía del Proceso de Conocimiento, confirmando traslado a los demandados por el plazo y apercibimiento de ley: Por resolución seis, de fojas 179, se tiene por contestada la demanda a don Luis Eduardo Valenzuela Barber en los términos que aparecen en el escrito de fojas 251, 253, subsanado a fojas 177 y 178; por resolución siete, de fojas 219, se tiene por contestada la demanda a la co-demandada Jenny Lucero Aurich De La Oliva, en los términos que se contraponen sus escritos de fojas 260 y 264 y 288. Concluyendo, se declara el Proceso de Conocimiento de parentesco en el sentido de la demanda, en los términos que se refieren en el acta de fútil 318 y 320. Se archiva el expediente de conciliación, reunión de autos y diligencias venidas y el expediente de impugnación de maternidad de Daniela en el expediente de fojas 179 y 180.

cuatro sesiones consecutivas, conforme las netas de fojas 363, 364, 377, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.



Artículo 409<sup>a</sup> establece "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo." supuestos que no se presentan el caso sub-materia, y desde aquella óptica dando estricto cumplimiento al Principio de Legalidad, sería imposible jurídicamente impugnar la maternidad de una niña, cuando la actora alega haber aportado, con su óvulo para la fecundación de dicha menor, por no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico dicho supuesto fáctico; Cuarto: A que sin embargo, estando a que nuestro ordenamiento jurídico positivo con el devenir del tiempo se está quedando desactualizado, ya que el avance de la ciencia médica-biológica viene incorporando a nuestra vida nuevas situaciones fácticas, como en este caso, nuevas técnicas de reproducción humana, que también requieren de protección y amparo jurídico, y el derecho no puede quedar ajeno ante esta realidad existente; que el Artículo 139<sup>a</sup> inciso 8 de la Constitución Política del Estado prescribe como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional "El Principio de no dejar de administrar Justicia por falta o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinal/Q.", lo que obliga al Órgano Jurisdiccional crear el derecho pertinente, a efectos de hacer efectivo el derecho de Tutela Jurisdiccional Efectiva consagrada también en el inciso 3 del citado Artículo Constitucional, y por lo tanto resulta procedente emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, estando al Principio del Interés Superior del Niño y el respeto a sus derechos, y entre ellos, el derecho a preservar su identidad, el derecho al nombre incluido sus apellidos y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin ingerencias ilícitas, el derecho a conocer a sus padres y a ser querido por ellos, y otros más consagrados en los Artículos IX y X del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en concordancia con el Artículo 6° del mismo Código, y Artículos 3°, 7° y 8° de JQ Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el que forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 10 de Agosto del 1990, máxime que en su Artículo 4 prescribe "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención."; Quinto: Que para dar cumplimiento al Principio de Congruencia Procesal, es preciso connotar los puntos controvertidos fijados en sesión de Audiencia de fojas 318/320, siendo ellos los siguientes; Determinar si la demandante es madre de la menor Daniel Mendoza Aurich; Sello: DF. L. MATERNIDAD. Según el Diccionario Jurídico de Guillermo Cabanellas, "madre es la mujer que ha dado a luz uno o más hijos"; y en otro sentido, según el Derecho Romano "mater, semper cenest etiam si incepterit", es decir "la maternidad será siempre cierta con ti solo. vera mater, mujer gestante y después, cm, el infame en brazos", concepto que con el avance de la ciencia y con las técnicas de reproducción asistida (TERAS) tendientes a suplir los factores de infertilidad de las personas, ha dejado de ser ciertas en su totalidad, y dicho concepto tradicional con el devenir del tiempo y el avance de la ciencia y tecnología, específicamente la llamada "reprogenética" ha quedado obsoleto; tal es así que el derecho contemporáneo (Derecho Genético) cree nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya solución y regulación legal resolvable e insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad; Que en efecto,



Séptimo, Qui: de la revisión de autos que con fecha catorce de junio del dos mil tres doña CARLA MONIQUE SEE AURICH contrae matrimonio civil con don LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, que con fecha seis de mayo del dos mil cinco nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNIFER CERRO AURICH DE LA OLIVA > LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20° del Código Civil; Octavo: Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de los Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye: "...Se trata de: un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Ceteino, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal leve, moderada; 2. Neuropatía por analgésicos: J- Hipertensión Arterial Secundaria ...". a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Ácido Úrico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforético, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... Conoció a la paciente CARLA SEE AURICH (21 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consultó por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecté presión arterial de 148/06 mm Hg ... siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnóstico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constató que tiene riñones pequeños, viendo más pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con este riñón, presentando también alteración de la morfología y calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorenograma se apreció que el riñón derecho es de aspecto atáxico y sólo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora ... Con esta evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Vefogénica e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una Junta Médica para evaluar el caso, de donde el origen de los destacados, su tratamiento y evolución ..."; Noveno: Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Angloamericana de fojas 179/237; 333 350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Curia Monique See Aurich en dicha institución; La Historia Clínica de la Aspiración y el parto de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la transferencia embrionaria e la señora Jennifer Aurich de la Oliva; La Historia Clínica de la cesárea de la señora Jennifer de la Oliva; fluye, con reducción a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH con fecha diecinueve de Abril del dos mil cuatro, se determinó que tiene los siguientes antecedentes: "... Nació con Luis Eduardo Mendoza Barbery, quienes fueron efectuados anteriormente



diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 40, cuya IMPRESION DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 23 semanas 03 días (Por Ecografía): SITUACION TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: circulación del cordón tipo JV (circular simple del cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total: VENTRÍCULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal..." (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 40, cuya IMPRESION DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 18 semanas (Por Ecografía): PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Previa marginal); CIRCULAR DE CORDON TIPO II (50% circular simple de cordón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal..." (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 40, cuya IMPRESION DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas 01 día (Por Ecografía): CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal..." (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se le practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESION DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografía posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal..." (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "... Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr Augusto Ascenzo, ... Extrae feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pediatra Dr De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ..." (fojas 342 y 10); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo a nombre de la señora Jenny Aurich De la Oliva (fojas 351); Décimo Primero: Que según la Declaración Testimonial prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO médico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento prenatal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA ALIRICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el

embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos, para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "... al acudir a mi consultorio vi que la posibilidad de que la señora Karla See pudiera tener un bebé, era extrayéndole un ovulo: juntándole con el espermio del señor Mendoza y así formar embriones

humanos. ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días a partir de la concepción hasta la formación de un embrión. Se H células, aclarando que la concepción se realiza en forma in vitro una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los ovulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 04 eran maduros y 01 inmaduro). eso fue el 19 de septiembre del 2007, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (8 espermatozoides), de los cuales 06 ovulos fecundaron y por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento. Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indico que estaba embarazada. desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido. la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea. teniendo la bebe 07 meses y 20 días. eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad. naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendí el parto del concebido ...."; Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo "... si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la formación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holsteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holsteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna ..."; Que el preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contesto "... únicamente los que han facilitado los cromosomas. porque la sangre no se hereda..."; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luis Eduardo Mendoza Barber? Dijo "... el los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos..."; Agregando que considera como "madre genética" de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, "padre genético" a Luis Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva "incubadora de la niña": **Décimo Segundo:** Que para determinar "con certeza" cual de las dos presuntas madres es la "madre biológica" de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319). la que previo tramite de ley. el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: "... que el individuo registrado con id Código de Laboratorio ADN-2007-005-P/JII SEE A CRICH. Carla Monique. NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del Individuo registrado con el código de Laboratorio 2007-005-H JIE/JOL/ACRICH. Daniela con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P JII/DOZ/ BARBER Luis Eduardo ..." y "... que el Individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-P/JII SEE A CRICH. Jenny Lucero. SI PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del Individuo registrado con el código de Laboratorio ADN-2007-005-H JIE/JOL/ACRICH. Daniela con respecto al individuo registrado con el código de Laboratorio ADN 2007-005-P JII/DOZ/ BARBER Luis Eduardo ...".

con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P. MENDOZA BARBER, Luis Eduardo ..."; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2.136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden a una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LIHS EDU.4RJJO JIENDELA BARBER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANTELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o más alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad. La donante de la muestra codificada ADN-2007-0Q5-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OUVIA (B) NO ES MADRE BIOLÓGICA, de la donante de la muestra codificada ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,5831/2,135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.99999996833%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PMJ CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado.";

**Décimo Tercero:** Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Menique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aporció sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergó en su vientre durante toda la etapa de gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento; Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su 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... A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas", situación ficticia que no está prohibido legalmente, pero tampoco no está expresamente permitido. ) a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "... nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.", por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado

sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre" o "hija" son una sola persona, lo mismo que se

Determina por la "filiofilología", por lo identidad sanguínea, por lo identidad biológica, que los genes transmiten de: padres a hijos, lo herencia de los caracteres anatómicos, citológicos > funcionales entre los padres > los hijos; por lo tanto debe ampararse lo pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a deña JEN) (LUCERO AURICH DE LA OLIV.) (lleva yuxtapuesto a su nombre) luego del primer apellido del padre, el primer apellido de ésta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395º del Código Civil; Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS: Que por otro lado, resulta insustentable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a los tres embriones sobrantes, del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miranore, a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio: Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad". El Estado prole al concebido para todo lo que favorece...": que en consecuencia reconociéndose "al concebido" calidad de niño y por ende "sujeto de derechos", "libertades" y "protección específica", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1º del mismo Código "El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas --contrariar a su Integridad y a su desarrollo físico o mental"; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su noveno parte establece "... Teniendo presente, como se indico en la Declaración de los Derechos del Niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de (nacimiento)...": norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículo 3º de la misma norma legal; Quinto: Que en consecuencia no preguntamos: Qué hacer con los embriones sobrantes? Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos? En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida que contemple estas situaciones facticas que afectan el derechos de los niños, analizando el derecho comparado, tomando como base la legislación boliviana, la Ley 4.2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del veintiseis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 1º establece lo siguiente: "Los embriones concebidos en el proceso de reproducción humana asistida, destinados a ser implantados en la mujer, o su cónyuge, o en una mujer con fines reproductivos, serán donados con fines de conservación sin otra finalidad. De acuerdo a nuestro derecho nacional, es asfílo y éticamente aceptable la primera alternativa, dado que ha demostrado ser la más adecuada para el embrión, en sujeción de derecho, al momento de su creación."



principios elementales de la dignidad humana, dado que le persona es siempre un valor en si y por si misma y no puede ser tratada como objeto utilizable, como instrumento o medio, por esta sustantiva razón se le debe respeto desde el primer instante de su existencia, mas aún que conforme el Artículo 7º última parte de la Ley General de Salud, Ley Número 26842 "Esta prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la donación de seres humanos.", La última alternativa, tampoco la consideramos adecuada, por cuanto implica la muerte de los embriones criopreservados lo que conlleva a la vulneración del derecho que tiene todo ser humano a la vida desde su concepción; que por lo tanto, deben dictarse las medidas adecuadas con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida, que tiene todo concebido en su calidad de niño, de conformidad además con lo dispuesto en el Artículo 2º inciso 1º de la Constitución Política del Estado; Que por lo expuesto la señorita JUEZ del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, administrando Justicia nombre de lo Nación; gALLAJE, DECLARANDO: 1) FUNDANDO la demanda de IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 interpuesta por doña CARLA MONIQUE SEE AURISH contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER y en consecuencia DECLARO: Que la niña DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña; 2) DISPONGO: Dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA como madre de la niña CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; 3) DISPONGO: La inscripción y reconocimiento de la citada niña por su madre CARLA MONIQUE SEE AURISH en el acta de nacimiento de la Municipalidad de Miraflores; 4) DISPONGO: La rectificación de los apellidos de la niña, cuyo nombre de hoy en adelante es como sigue, "DANIELA MENDOZA SEE", conforme lo dispone el Artículo 20º del Código Civil; 5) DISPONGO: El plazo de DOS AÑOS a efectos que los justiciables CARLA MONIQUE SEE AURISH y LUIS EDUARDO MENZO BARBER hagan efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones concebidos producto de la fecundación in Vitro de sus ovocitos y espermatozoides, que se encuentran vivos y congelados en la Clínica de Miraflores, sea mediante implantación en el vientre materno de doña CARLA MONIQUE SEE AURISH o una subrogación de vientre de tercera sin fines de lucro, contados a partir de que la presente quede consentida y/o ejecutoriada; 6) DISPONGO: Que vencido dicho plazo, si los citados justiciables no cumplieran precitado mandato, CURSAR OFICIOS al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), según sea el caso, a efectos de que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el "Derecho a la vida" que tienen dichos embriones en su calidad de niños y por ende Sujetos de Derechos y de Protección Específica; 7) DISPONGO: Que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) encargado de la Defensa de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana, de acuerdo al Artículo 162º de la Constitución Política del Estado y Artículo 1º de su Ley Orgánica, Ley Número 26520, SUPERVISE el cumplimiento y la ejecución de la presente sentencia; 8) DISPONGO: De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 14º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ELEVAR EL COPIADO a la

Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la Republica la presente, si no fuese impugnada, vía control difuso, estando a: 1) La inaplicación del Artículo 395° del Código Civil por considerarlo que existe incompatibilidad en su interpretación con los Artículos 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 44/25, con fecha 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa Número 25278 del 03 de agosto de 1990, la misma que forma parte del derecho nacional, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 3° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con la Cuarta Disposición final y Transitoria de dicha Carta Política; 2) Haber aplicado el derecho que corresponde al proceso por vacío y deficiencia de la ley; y 3) Haber dispuesto de oficio, pese a no ser parte del petitorio, medidas tendientes a preservar y hacer efectivo el Derecho a la Vida de los tres embriones vivos que se encuentran congelados en la Clínica de Miraflores, por constituir derechos indisponibles, inaplicando las restricciones dispuestas en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, respecto a la prohibición de fallo "Ultra y Extra Petita", al prevalecer el Principio y Derecho de la función jurisdiccional de "la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva de tres concebidos, indefensos, sujetos de protección y cuidados especiales" conforme lo prescribe el Artículo 138° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el Noveno Preámbulo de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.- Notifíquese a las partes; con conocimiento de la Comunidad del Pueblo.-

popfl. fl.

--S

Dr. Jorge Yupanqui Rueda  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

Jorge Yupanqui Rueda  
Especialista Legal  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LIMA

CAS. N° 5003-2007 LIMA.

Lima, seis de de mayo del dos mil ocho.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa número cinco mil tres- dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1.- MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiseis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene. 2.- FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO: Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que éste es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado

que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del ius sanguinea, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídica procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el ius sanguine "per se" otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano.

3.- **CONSIDERANDO:** Primero: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales. Segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por María Alicia Alfara Dávila respecto de la menor Alicia Beatriz Alfara Dávila, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada

"ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud. Tercero: Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar. Cuarto: El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de la determinada relación jurídica". Quinto: La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos. La legitimidad "ad causam" es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso queda parte actora no tenga la legitimado ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente. Sexto: Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger el derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional. Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo. Octavo: Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano

jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad. Noveno: Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses. Décimo: Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral.

**4.- DECISION:** a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2º ordinal 2.3 del Código Procesal Civil: Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia NULA la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; INSUBSISTENTE la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. b) ORDENARON que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. e) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron.

SS. SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE,  
MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO