

# Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho Civil



**IMPLICANCIAS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE MATERNIDAD SUBROGADA, AREQUIPA, 2017- 2018.**

Tesis presentada por la Bachiller:

**Veliz Ortiz, Rosa Angela**

Para optar el Grado Académico de:

**Maestro en Derecho Civil**

Asesor:

**Mg. Mayta Coaguila, Ronald**

**Arequipa – Perú**

**2019**

**Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”**

**Jurado dictaminador N ° 057  
Expediente N. ° 20190000013002**

**Alumno: VELIZ ORTIZ, ROSA ANGELA**  
**Asunto: Dictamen para borrador de Tesis**  
**Maestría: En Derecho de Civil**  
**Fecha: 09 de abril del 2019**

Sr. Dr. Hugo Tejada Pradell  
Director de la Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”

En cumplimiento de la Boleta de nombramiento de jurado dictaminador y dentro del plazo que señala el Reglamento de Graduación de Magister, procedo a emitir el siguiente dictamen:

**Dictamen:**

Visto el expediente N°20190000013002 del Bachiller **VELIZ ORTIZ, ROSA ANGELA**, que solicita Dictamen para el proyecto de Tesis titulado **“IMPLICANCIAS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE MATERNIDAD SUBROGADA, AREQUIPA, 2017-2018”** con la que pretende optar el grado de Maestro en Derecho Civil, y, habiendo analizado el fondo y la forma del citado borrador, este jurado emite dictamen favorable.

Atentamente.



**Ronald Mayta Coaguila**  
*Docente de Escuela de Postgrado de la Universidad Católica de “Santa María”*

16  
diciembre

*Universidad Católica de Santa María*

Señor Doctor  
JOSE VILLANUEVA SALAS  
Director de la Escuela de Postgrado  
Universidad Católica de Santa María  
Ciudad

Tengo el agrado de dirigirme a Ud. con la finalidad de hacer de vuestro conocimiento el dictamen del Borrador de tesis solicitado por su despacho en el expediente N° 20190000013002, correspondiente a la Bachiller VELIZ ORTIZ Rosa Ángela, en la forma siguiente:

DICTAMEN DE BORRADOR DE TESIS PARA EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO CIVIL

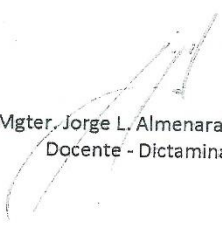
Título: "Implicancias de los Contratos de Maternidad Subrogada sobre el Derecho Fundamental a la Identidad del Concebido por la Técnica de Reproducción Asistida de Maternidad Subrogada, Arequipa 2017 - 2018"

**Dictamen:**

Habiéndose subsanado la observación anterior, considero que el Borrador reúne las condiciones indispensables para su **aprobación** y posterior sustentación.

Es el dictamen que emito para los fines académicos consiguientes.

Arequipa, 2019 agosto 08.

  
Mgter. Jorge L. Almenara Sandoval  
Docente - Dictaminador



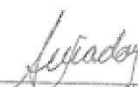
DICTAMEN 27-19-BT

DE: Dra. Ana María Amado Mendoza  
Docente de la Escuela de Postgrado de la UCSM  
PARA: Dr. José Villanueva Salas  
Director de la Escuela de Postgrado de la UCSM  
ASUNTO: Dictamen de Borrador de Tesis  
Bachiller: Veliz Ortiz, Rosa Ángela

---

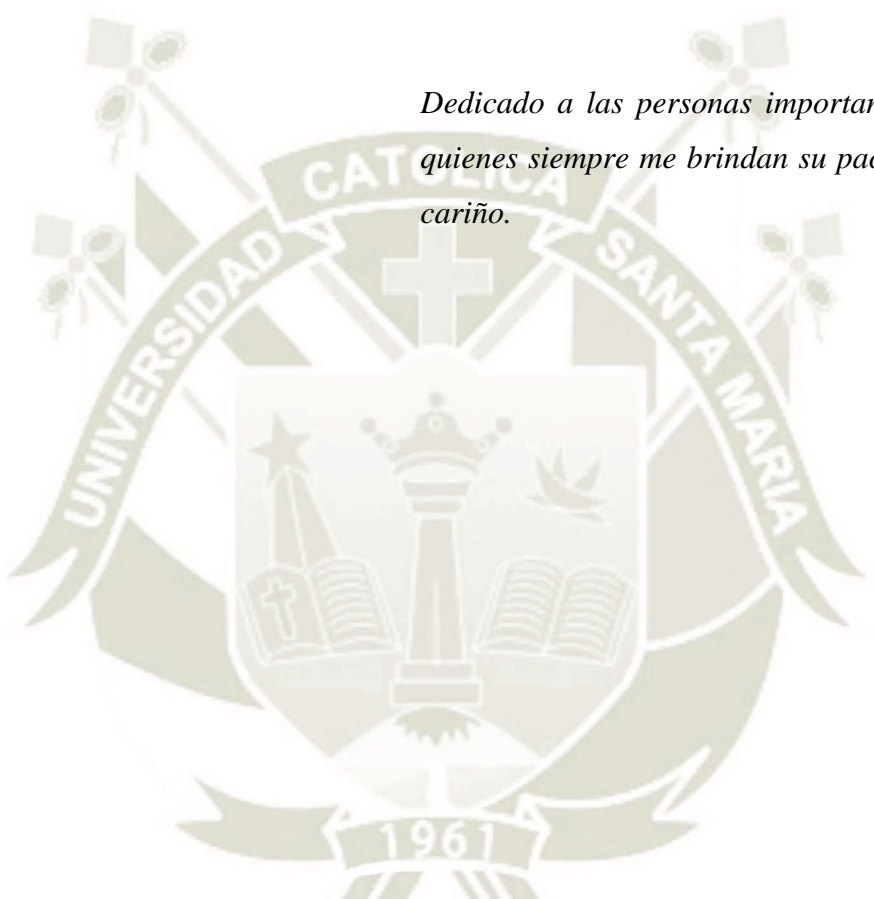
Recibido el levantamiento de observaciones del Borrador de Tesis, cuyo enunciado es: **IMPLICANCIAS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE MATERNIDAD SUBROGADA, AREQUIPA, 2017-2018**, el mismo puede ser sustentado, salvo mejor parecer.

Arequipa, 16 de septiembre del 2019



---

Ana María Amado Mendoza  
Docente Dictaminadora  
aamado@ucsm.edu.pe



*Dedicado a las personas importantes en mí vida,  
quienes siempre me brindan su paciencia, apoyo y  
cariño.*

*“Los hijos no son el juguete de los padres, ni la  
realización de su necesidad de vivir, ni los  
sucedáneos de sus ambiciones insatisfechas. Los  
hijos son la obligación de formar seres dichosos”  
Simone de Beauvoir, escritora francesa*

## ÍNDICE

RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN .....	1
1. HIPÓTESIS .....	2
2. OBJETIVOS .....	3
2.1. General .....	3
2.2. Específicos .....	3
1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN .....	4
1.1. Enunciado del Problema .....	4
1.2. Descripción del Problema .....	4
1.2.1. Campo, Área y Línea de Investigación .....	4
1.2.2. Operacionalización de Variables .....	4
1.2.3. Interrogantes básicas de la investigación .....	6
1.2.4. Tipo y nivel de investigación .....	6
1.3. Justificación .....	6
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO .....	8
1. MARCO CONCEPTUAL .....	9
1.1. Conceptos Básicos .....	9
2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS .....	13
3. CONCEBIDO .....	16
3.1. Concepto .....	16
3.2. El Código Civil de 1984 y el paso de la ficción a la subjetividad del concebido .....	19
3.3. La consideración del concebido en la Constitución de 1993 .....	20
3.4. El concebido como sujeto de derecho y persona humana según el Artículo 1° del Código Civil .....	21
3.5. El Concebido como sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece” .....	24
3.6. Los derechos personales del concebido .....	25
4. IDENTIDAD .....	26
5. DERECHO A LA IDENTIDAD .....	40
6. EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD BIOLÓGICA .....	43
6.1. Derecho a la identidad y derecho a conocer el origen biológico .....	44
6.2. Derecho a la intimidad y derecho a conocer el origen biológico .....	45
6.3. Derecho a la verdad y derecho a conocer el origen biológico .....	45
6.4. El derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental .....	46
6.5. La identidad biológica en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana .....	46
7. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA .....	51

7.1.	Identidad estática y dinámica .....	51
7.1.1.	Aspectos preliminares .....	51
7.1.2.	Definición y alcances .....	52
7.1.3.	Orígenes .....	54
7.1.4.	Identidad Dinámica y la Verdad Socio afectiva .....	55
7.1.5.	Jurisprudencia Nacional: Pronunciamientos de la Corte Suprema.....	56
7.2.	Derecho a la identidad biológica .....	58
7.3.	El derecho a conocer los orígenes frente al uso de las Técnicas de Reproducción Asistida	59
7.4.	Derecho a la Identidad Personal .....	59
7.5.	Derecho del menor a conocer a sus padres biológicos .....	60
8.	CONTRATO .....	63
9.	FIN LÍCITO DE LOS CONTRATOS .....	65
10.	TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA .....	69
11.	MATERNIDAD SUBROGADA .....	69
11.1.	Definición.....	69
11.2.	Marco Normativo – Legislación Comparada .....	72
11.3.	Argumentos en favor de la Maternidad Subrogada.....	79
11.4.	Argumentos en contra de la Maternidad Subrogada .....	79
11.5.	Maternidad Subrogada en el Perú .....	79
12.	NATURALEZA DEL ACUERDO ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA. ....	81
13.	EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.....	84
13.1.	Aspectos preliminares .....	84
13.2.	Definición del Principio del Interés Superior del Niño .....	86
13.3.	El Interés Superior del Niño: La Satisfacción de sus Derechos .....	87
13.4.	Aproximaciones al Interés Superior del Niño en la jurisprudencia.....	88
14.	ANÁLISIS JURÍDICO CONVENCIONAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.....	90
15.	LOS DERECHOS DE LOS PADRES .....	92
15.1.	El derecho a la vida privada .....	92
15.2.	El derecho a gozar del proyecto de vida.....	101
15.3.	Derecho al hijo .....	106
CAPÍTULO II METODOLOGÍA .....		108
1.	Técnicas, instrumentos de verificación .....	109
1.1.	Técnicas.....	109
1.2.	Instrumentos .....	109
1.3.	Tipo y nivel de la investigación .....	109

2.	CAMPO DE VERIFICACIÓN .....	109
2.1.	Ubicación Espacial .....	109
2.2.	Ubicación Temporal .....	109
2.3.	Unidades de Estudio, Universo y Muestra .....	109
3.	ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.....	111
3.1.	Estrategia.....	111
3.2.	Recursos .....	112
CAPÍTULO III RESULTADOS Y DISCUSIÓN .....		114
1.	PRESENTACIÓN DE CASOS .....	116
2.	EXPEDIENTE N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05 .....	116
2.1.	Materia: .....	116
2.2.	Demandantes .....	116
2.3.	Demandado .....	116
2.4.	Hechos .....	116
2.5.	Petitorio .....	117
2.6.	Aspectos a resaltar e identificación del problema .....	118
2.7.	Sentencia de Primera Instancia .....	119
2.8.	Sentencia de Vista .....	127
2.9.	Conclusiones del Caso .....	133
3.	EXPEDIENTE N° 3102-2018-89 .....	135
3.1.	Materia: .....	135
3.2.	Investigados.....	135
3.3.	Audiencia: .....	135
3.4.	Hechos.....	135
3.5.	Los argumentos de defensa de los investigados .....	136
3.6.	Los argumentos desarrollados por el Ministerio Público .....	139
3.7.	La decisión de la Sala Penal de Apelaciones del Callao .....	142
3.8.	Conclusiones del Caso .....	143
4.	ANTEPROYECTO DE LEY .....	144
4.1.	Los aspectos relevantes del anteproyecto que abordaremos son:.....	144
4.1.1.	La modificación del Artículo 7° de la Ley N° 26842.....	144
4.1.2.	Incorporación del Artículo 7°-A.....	145
4.1.3.	Incorporación del Artículo 7-B .....	145
4.1.4.	Incorporación del Artículo 7°-E.....	146
4.1.5.	Incorporación del Artículo 7°-F .....	147
4.1.6.	Incorporación del Artículo 7-G .....	148
4.1.7.	Tercera Disposición Complementaria Final.....	149

5. EVIDENCIA EMPÍRICA Y COSTO SOCIAL.....	150
5.1. Evidencias .....	150
5.2. Sobre los costos sociales .....	151
6. ENCUESTA.....	155
6.1. Sobre los encuestados y los criterios de selección .....	155
6.2. Resultados de la Encuesta .....	157
CONCLUSIONES .....	180
SUGERENCIAS .....	184
BIBLIOGRAFÍA.....	186
ANEXOS.....	193
ANEXO 1 FICHA BIBLIOGRÁFICA (A)	
ANEXO 2 FICHA BIBLIOGRÁFICA (B)	
ANEXO 3 FICHA TEXTUAL	
ANEXO 4 FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA (1): JURISPRUDENCIA NACIONAL Y SUPRANACIONAL	
ANEXO 5 CUESTIONARIO	
ANEXO 6 Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05	
ANEXO 7 PROYECTO DE LEY QUE REGULA A LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DENOMINADA MATERNIDAD SUBROGADA	

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

GRAFICO N° 1 ¿Conoce que dentro de las técnicas de reproducción asistida se encuentra la técnica denominada “Maternidad Subrogada”?.....	157
GRAFICO N° 2 ¿Cómo considera a la regulación normativa respecto de las técnicas de reproducción asistida (TERAS)? .....	158
GRAFICO N° 3 ¿Considera que nuestra legislación se encuentra desfasada en lo concerniente a las TERAS? .....	159
GRAFICO N° 4 ¿Considera que el Artículo 7° de la Ley General de Salud regula correctamente las TERAS en el Perú?.....	160
GRAFICO N° 5 De la lectura del Artículo 7° de la Ley General de Salud, ¿considera que la técnica de “Maternidad Subrogada” se encuentra permitida o prohibida en nuestro ordenamiento? .....	161
GRAFICO N° 6 ¿Conoce usted si la maternidad subrogada está específicamente regulada en nuestra legislación nacional? .....	163
GRAFICO N° 7 Considera usted que la maternidad subrogada debe ser: .....	164
GRAFICO N° 8 En caso considere que la maternidad subrogada deba ser permitida (en todos o algunos casos), indique ¿cuándo cree que la técnica de maternidad subrogada debe ser objeto de evaluación?.....	165
GRAFICO N° 9 Considera que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada, luego de su nacimiento debe ser: .....	167
GRAFICO N° 10 ¿Considera que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito o ilícito? .....	169
GRAFICO N° 11 ¿Por qué considera que un contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito? .....	171
GRAFICO N° 12 ¿Por qué considera que un contrato de maternidad subrogada tiene un fin ilícito?.....	173
GRAFICO N° 13 ¿Considera que la regulación actual de la técnica de maternidad subrogada vulnera los derechos del concebido?.....	174
GRAFICO N° 14 En caso haya tenido una respuesta afirmativa (Siempre o A veces), indique ¿qué derechos considera vulnerados?.....	175
GRAFICO N° 15 ¿Cree usted que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada, debe conocer las circunstancias de su origen biológico? .....	177
GRAFICO N° 16 ¿Considera que la sociedad peruana se encuentra preparada para aceptar la regulación legal específica de la técnica de maternidad subrogada?.....	178

## RESUMEN

La identidad es el conjunto de características que distinguen a una persona de las demás, es decir que se trata de la esencia misma del individuo; por tanto, la identidad se construye desde nuestro nacimiento, e inclusive – podría considerarse – que se ve determinada desde nuestra concepción. El derecho a la identidad debe ser observado desde sus dos vertientes, tanto la estática y dinámica; siendo que ambas se encuentran relacionadas.

Cabe indicar que nuestra legislación actual, a partir del Código Civil de 1984, reconoce al concebido la calidad de “sujeto de derecho”, es decir es un ser humano dotado de capacidad jurídica pero tiene la particularidad de “estar condicionado a lo favorable”.

Tal estatus de privilegio, le otorga una situación favorable de adquisición de todo lo beneficioso, como serían los derechos personales, encontrándose dentro de ellos, el derecho a la identidad.

Ahora, resulta innegable que la tecnología y el desarrollo científico avanza muy rápidamente; y, la rama de reproducción asistida no se encuentra aislada. Tal es así que existen diversas técnicas de reproducción asistida que permiten a las parejas cumplir su sueño de ser padres, pero las referidas técnicas no solamente deben ser consideradas desde un punto de vista de los derechos de los padres, sino que también debe ser visto desde la óptica del concebido, al cual podría sufrir vulneraciones que no esperaba, especialmente contra su identidad.

Sobre el tema, en nuestro país no contamos con una regulación normativa adecuada para las técnicas de reproducción asistida; así solamente podemos encontrar al Artículo 7° de la Ley General de Salud. Sin embargo, el dispositivo legal antes mencionado regula las técnicas en las que la madre genética y la madre gestante es la misma. Ello no implica que no se generen este tipo de contrataciones.

Advirtiéndose que no existe una prohibición expresa, pues no se considera en el artículo 7° de la Ley General de Salud, de la técnica de maternidad subrogada y en aplicación del principio “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que no prohíbe” (Artículo 2° inciso a) de la Constitución Política del Perú), el contrato de maternidad subrogada se sustenta en el ejercicio legítimo del derecho a la salud reproductiva, es decir se trata de un contrato con fin lícito. Sin embargo la falta de regulación de la técnica de maternidad subrogada trae 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 (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.

En este punto referente a la vulneración al derecho a la identidad, en sus dos vertientes, estática y dinámica, nos encontramos con que los padres contratantes y con voluntad procreacional se encuentran limitados para reconocer a su hijo genera que: a) El menor no lleve los apellidos de sus padres desde su nacimiento, y b) En la partida de nacimiento del menor y documento de identidad no figuren los nombres de sus padres. Dichos aspectos están vinculados a “la información del menor” es decir a su identidad estática.

A pesar de la falta de regulación sobre la técnica de maternidad subrogada, existen pronunciamientos del Poder Judicial recientes, que reconocen la maternidad de este tipo y para ello toman en cuenta: a) el material genético aportado por los padres contratantes, b) si los padres contratantes tuvieron la decisión de ser padres, voluntad procreacional; y, c) el interés superior del niño.

Por ello queda mucho por hacer en pro de la identidad de los menores que nacen bajo esta modalidad de maternidad.

**Palabras clave:** Reproducción Asistida - Maternidad Subrogada – Concebido- Derechos – Identidad- Padres Biológicos

## ABSTRACT

Identity is the set of characteristics that distinguish a person from others, that is, it is the essence of the individual; therefore, identity is built from our birth, and even - it could be considered - that is determined from our conception. The right to identity must be observed from both sides, both static and dynamic; being that both are related.

It should be noted that our current legislation, from the Civil Code of 1984, recognizes the conceived as the "subject of law", that is to say, it is a human being endowed with legal capacity but has the particularity of "being conditioned to the favorable".

Such privileged status, gives a favorable situation of acquisition of everything beneficial, such as personal or extra-economic rights, being within them, the right to identity.

It is undeniable that technology and scientific development advances very rapidly; and, the assisted reproduction branch is not isolated. Such is the case that there are various assisted reproduction techniques that allow couples to fulfill their dream of being parents, but the aforementioned techniques must not only be considered from a parental rights point of view, but must also be viewed from the viewpoint of the conceived, which could suffer violations that he did not expect, especially against his identity.

On the subject, in our country we do not have adequate regulatory regulation for assisted reproduction techniques; Thus, we can only find Article 7 of the General Health Law. However, the aforementioned legal device regulates the techniques in which the genetic mother and the pregnant mother is the same. This does not imply that such contracts are not generated.

Noting that there is no express prohibition, as it is not considered in article 7 of the General Health Law, of the surrogate maternity technique and in application of the principle "No one is obliged to do what the law does not mandate or prevented from doing what does not prohibit" (Article 2 subsection a) of the Political Constitution of Peru), the subrogated maternity contract is based on the legitimate exercise of the right to reproductive health, that is, it is a lawful contract. However, the lack of regulation of the surrogacy technique brings with it the violation of the right to the identity of the one conceived by such technique, because at the time of its birth, our system presents obstacles to parents with procreation (parents who hired the womb substitute) to recognize the child as your child; thus, the right to identity in its static and dynamic aspect is violated.

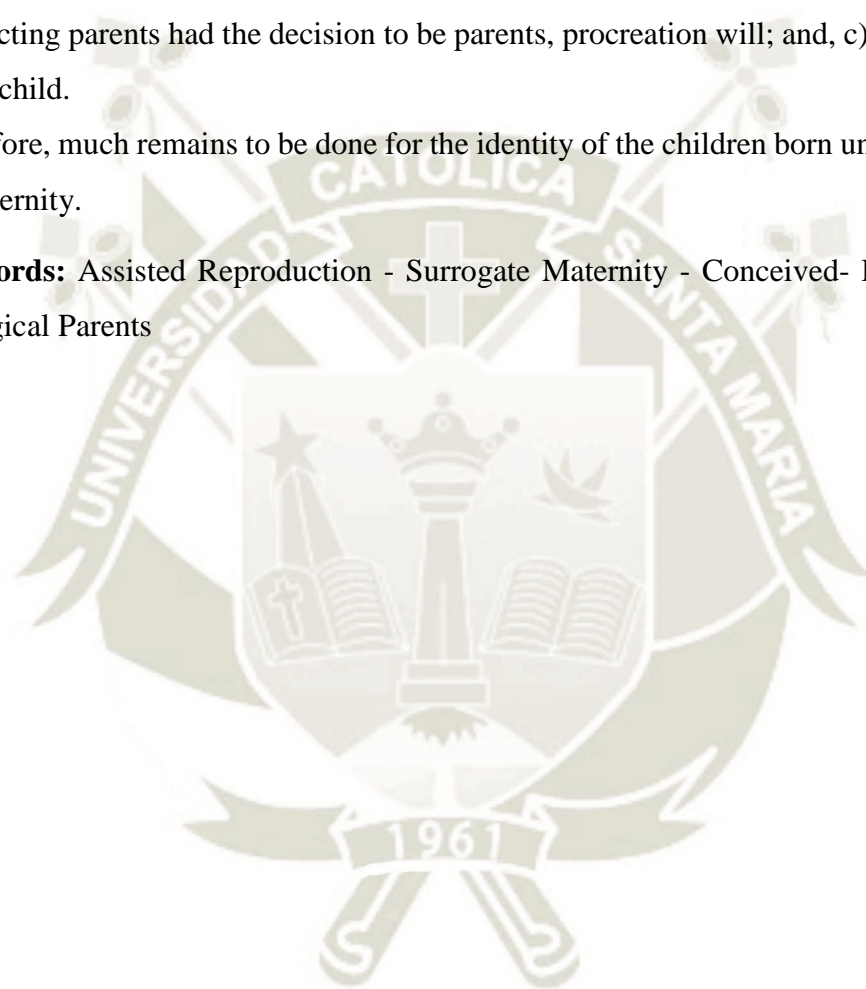
At this point regarding the violation of the right to identity, in its two aspects, static and dynamic, we find that the contracting parents and with procreation will be limited to

recognize their child generates that: a) The child does not carry the surnames of his parents from his birth, and b) The names of his parents do not appear in the child's birth certificate and identity document. These aspects are linked to “the information of the minor” that is to say its static identity.

Despite the lack of regulation on the technique of surrogacy, there are recent pronouncements of the Judiciary, which recognize maternity of this type and for this they take into account: a) the genetic material provided by the contracting parents, b) if the contracting parents had the decision to be parents, procreation will; and, c) the best interests of the child.

Therefore, much remains to be done for the identity of the children born under this modality of maternity.

**Keywords:** Assisted Reproduction - Surrogate Maternity - Conceived- Rights - Identity- Biological Parents



## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo abordar las implicancias del contrato de maternidad subrogada sobre el derecho a la identidad del concebido por la técnica antes mencionada, teniendo como principales pilares de análisis al “Derecho a la Identidad” y la “Técnica de Maternidad Subrogada”; tal es así que se plantea un tema relevante en la actualidad.

A mayor precisión, este trabajo cuenta con la siguiente estructura:

- El primer capítulo aborda el tema del derecho a la identidad y el concebido, desarrollando inicialmente el concepto y nociones básicas del “concebido”, y posteriormente nos centramos en el “derecho a la identidad”, buscando establecer una vinculación entre el derecho fundamental a la identidad y el concebido por la técnica de maternidad subrogada, especialmente en los extremos relacionados al derecho a conocer el origen biológico y derecho a la verdad.
- El segundo capítulo está destinado a conocer el tema del contrato de maternidad subrogada, para cuyo efecto se inicia recordando los aspectos básicos del “contrato” y su finalidad, desde una óptica estrictamente de orden civil; y, luego nos centramos en las Técnicas de Reproducción Asistida, esencialmente en aquella denominada “Maternidad Subrogada”, para conocer su definición, naturaleza jurídica, marco normativo, argumentos en favor y en contra del uso de la técnica y su regulación legal en el Perú.

El tercer y último capítulo analiza los resultados del trabajo de investigación; es decir que se presenta un análisis de la jurisprudencia relevante y reciente (año 2017-2018) sobre el caso de Maternidad Subrogada, además se presentan las conclusiones obtenidas de la encuesta realizada a diversos profesionales del derecho vinculados a temas civiles y de familia, a efecto de verificar si su conocimiento y noción del tema de “Maternidad Subrogada” coinciden o difieren con el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales que resolvieron los casos analizados.

## 1. HIPÓTESIS

### **Dado qué:**

Las técnicas de reproducción asistida – como es la maternidad subrogada - se practican teniendo como fundamento el derecho a la salud reproductiva de los padres, como una forma de solucionar los problemas derivados de las distintas formas de infertilidad

### **Es probable que:**

El uso indiscriminado y sin regulación legal de la técnica de maternidad subrogada pueda constituir una violación al derecho de identidad del concebido, al no permitir que sea reconocido por sus padres biológicos desde el momento de su nacimiento.



## 2. OBJETIVOS

### 2.1. General

- Determinar si el uso de la técnica de maternidad subrogada genera una vulneración al derecho a la identidad del concebido por tal técnica

### 2.2. Específicos

- Establecer si existe un derecho a gozar de las técnicas de reproducción asistida y cuál es su dimensión
- Determinar qué aspectos se encuentran protegidos dentro del derecho a la identidad del concebido
- Determinar si nuestra legislación regula adecuadamente el uso de la técnica de maternidad subrogada
- Determinar cómo se resuelven actualmente en sede judicial los casos vinculados al uso de la técnica de maternidad subrogada.
- Establecer la finalidad (lícita o ilícita) de los contratos de maternidad subrogada.
- Determinar cuáles son los posibles efectos de la inclusión de la figura del contrato de maternidad subrogada sobre los derechos de las partes involucradas en ella.

## 1. PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

### 1.1. Enunciado del Problema

#### **IMPLICANCIAS DE LOS CONTRATOS DE MATERNIDAD SUBROGADA SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE MATERNIDAD SUBROGADA, AREQUIPA, 2017- 2018.**

El derecho de vida privada de los padres y la obligación del Estado de garantizar su proyecto de vida, conlleva a que los mismos deban gozar de las técnicas de reproducción asistida, dentro de ellas, la maternidad subrogada. Sin embargo, resulta necesario analizar jurídicamente si la práctica de tales técnicas, podrían directa o indirectamente vulnerar el derecho a la identidad del concebido, así como determinar si los contratos de maternidad subrogada tienen un fin lícito.

### 1.2. Descripción del Problema

#### 1.2.1. Campo, Área y Línea de Investigación

- a) Campo : Ciencias Jurídicas.
- b) Áreas : Derecho Civil – Derecho constitucional
- c) Líneas : Maternidad subrogada – Derecho a la identidad del concebido

#### 1.2.2. Operacionalización de Variables

VARIABLES	TIPO	INDICADORES	SUBINDICADORES
Derecho a la Identidad del concebido	VARIABLE INDEPENDIENTE	Identidad personal	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Contenido del derecho a la identidad</li> <li>• Vinculación con el Origen Biológico</li> <li>• Vinculación con el Derecho a la Verdad</li> <li>• Legislación peruana</li> </ul>
		Concebido	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Definición</li> <li>• Inicio de la vida</li> <li>• Derechos fundamentales</li> </ul>
Contrato de maternidad subrogada	VARIABLE DEPENDIENTE	Contrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Naturaleza del contrato</li> <li>• Fin lícito en materia contractual</li> </ul>
		Maternidad subrogada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Técnicas de reproducción asistida</li> <li>• Técnica de Maternidad Subrogada</li> <li>• Marco Normativo</li> </ul>

### 1.2.3. Interrogantes básicas de la investigación

- ¿El uso de la técnica de reproducción asistida denominada Maternidad Subrogada puede vulnerar el derecho a la identidad del concebido por la técnica mencionada?
- ¿Existe un derecho a gozar de las técnicas de reproducción asistida y cuál es su dimensión?
- ¿Qué aspectos están protegidos por el derecho a la identidad del concebido?
- ¿Nuestra legislación regula de forma adecuada el uso de la técnica de maternidad subrogada?
- ¿Cómo se resuelven actualmente en sede judicial los casos vinculados al uso de la técnica de maternidad subrogada?
- ¿Los contratos de maternidad subrogada tiene fin lícito o ilícito?
- ¿Cuáles serían los efectos de incluir el contrato de maternidad subrogada sobre los derechos de las partes involucradas en ella?

### 1.2.4. Tipo y nivel de investigación

- **Nivel** : Descriptiva y explicativa
- **Tipo** : Cualitativo.

### 1.3. Justificación

Existen varios pronunciamientos a nivel constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que parecen obligar a los Estados a posibilitar en la práctica las técnicas de reproducción asistida. En ese sentido, parece que las autoridades estatales no solo se encuentran obligadas a respetar tales procedimientos médicos, sino también a garantizar su efectividad en la práctica.

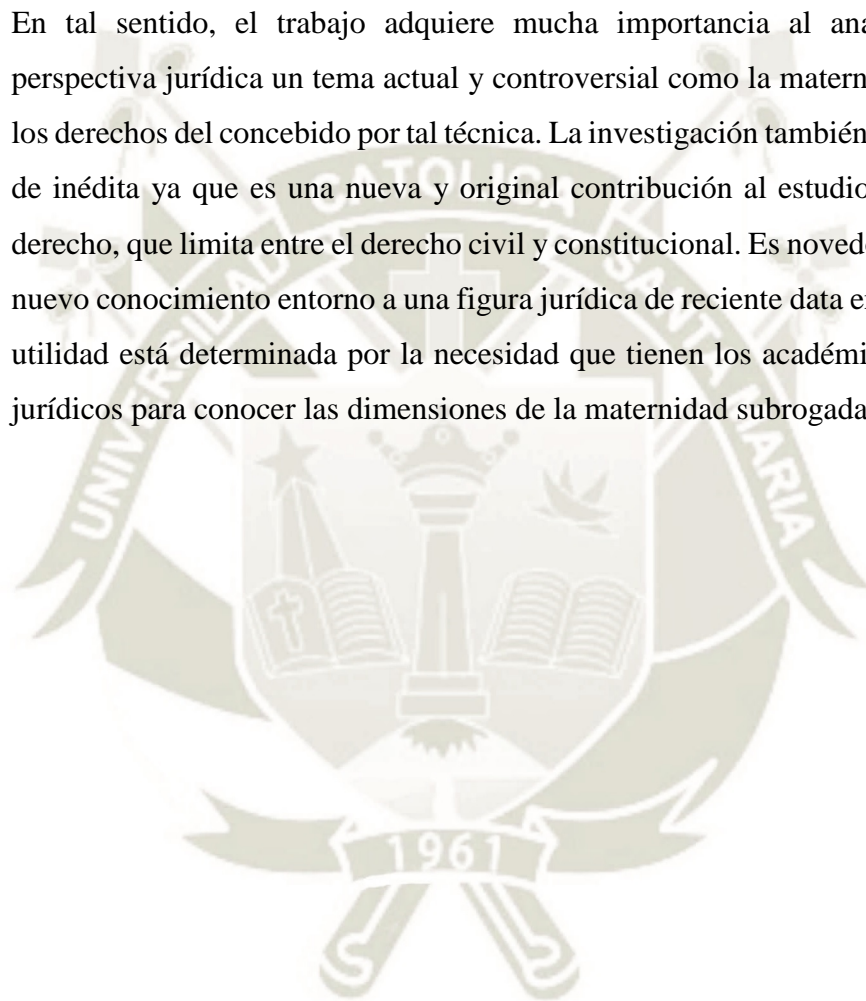
Sin embargo, es poco el análisis que se ha realizado hasta la fecha respecto a la incidencia de las técnicas de reproducción asistida en los derechos del concebido. Resulta a lo menos probable que cuando un niño se entera de los medios artificiales mediante los cuales fue concebido, pueda ser impactado de alguna forma en su desarrollo personal.

En consecuencia, resulta necesario estudiar jurídicamente si tal impacto podría constituirse en una violación al derecho a la identidad del niño y, eventualmente del derecho a gozar de plena integridad y bienestar psicológico. Asimismo, en atención

a tal premisa, pueden esbozarse nuevos alcances respecto a la posición del Estado en relación a las técnicas de reproducción asistida, por lo que el tema aquí propuesto resulta de valioso interés jurídico.

De igual manera, resulta relevante si en el marco del Derecho Civil los contratos de maternidad subrogada tienen un fin lícito, en atención a las implicancias que podrían tener en el derecho a la identidad del concebido.

En tal sentido, el trabajo adquiere mucha importancia al analizar desde una perspectiva jurídica un tema actual y controversial como la maternidad subrogada y los derechos del concebido por tal técnica. La investigación también tiene la categoría de inédita ya que es una nueva y original contribución al estudio de esta área del derecho, que limita entre el derecho civil y constitucional. Es novedosa ya que genera nuevo conocimiento entorno a una figura jurídica de reciente data en nuestro país. Su utilidad está determinada por la necesidad que tienen los académicos y operadores jurídicos para conocer las dimensiones de la maternidad subrogada.





# **CAPÍTULO I**

## **MARCO TEÓRICO**

## 1. MARCO CONCEPTUAL

### 1.1. Conceptos Básicos

Los principales conceptos a utilizarse para la realización de la presente investigación son los siguientes:

**A) Derechos Humanos:** Para fines del presente estudio entenderemos derechos humanos como aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo<sup>1</sup>. De la misma manera, también puede entenderse que “derechos humanos” hace alusión a las exigencias que, con determinadas condiciones y relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona y aún no han alcanzado un estatuto jurídico-positivo.<sup>2</sup>

Pedro Nikken señala que la noción de derechos humanos se corresponde con la afirmación de la dignidad de la persona frente al Estado, así, con lucidez indica que “estos derechos no dependen de su reconocimiento por el Estado ni son concesiones suyas; tampoco dependen de la nacionalidad de la persona ni de la cultura a la cual pertenezca. Son derechos universales que corresponden a todo habitante de la tierra”<sup>3</sup>.

De igual manera, se indica que el término derechos humanos hace referencia a un conjunto de derechos de particular importancia, esenciales para el desarrollo del ser humano como tal y en colectividad. Se trata de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas<sup>4</sup>.

**B) Derechos Fundamentales:** Para efectos del presente trabajo, entenderemos derechos fundamentales al igual que Eduardo Aldunate<sup>5</sup>, es decir como aquellos que han sido recogidos de forma positiva por alguna fuente del Derecho en general.

---

<sup>1</sup> GARCÍA ROCA, Javier, "La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, págs. 117-143.

<sup>2</sup> GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, “Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho”, Madrid, Diles, 2007, págs. 18-25.

<sup>3</sup> NIKKEN, Pedro, “El concepto de Derechos Humanos”, recuperado de: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-concepto-de-derechos-humanos.pdf>

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría de Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furio Ceriol*, Valencia 2002. Pag. 806

<sup>5</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Derechos fundamentales”, Santiago de Chile, Legal Publishing, 2008, pág. 47

Según Miguel Carbonell son aquellos que se encuentran consagrados de forma taxativa en el texto supremo del Estado, siendo que por este único hecho, se les dota de un estatus jurídico privilegiado<sup>6</sup>.

Por lo que podemos afirmar que los derechos fundamentales son así como un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que representan garantías institucionales, normas objetivos del sistema jurídico y derechos subjetivos por lo que constituyen un límite para las actuaciones del Estado el cual debe salvaguardar su supremacía basándose en la dignidad<sup>7</sup>. En consecuencia, la diferencia básica entre derechos humanos y derechos fundamentales para efectos del presente trabajo es que los últimos son los derechos básicos reconocidos en una norma jurídica a diferencia de los primeros, que provienen de la dignidad inherente al hombre.

**C) Identidad.** El derecho a la identidad, al que definen como el derecho a ser uno mismo y no otro, es la mismidad de cada ser humano, absolutamente equiparable a la libertad o la vida. Asimismo, es todo aquello que hace que cada cual se reconozca como uno mismo “y no otro”. Las características de la personalidad cada cual se proyecta hacia el mundo exterior, se fenomenaliza y permite conocer a la persona, a cierta persona en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano<sup>8</sup>.

La identidad personal se caracteriza por su exterioridad, ella se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad; es la última característica, es consustancial al derecho, en cuanto este es primario y necesariamente coexistencial<sup>9</sup>.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la identidad es aquel derecho fundamental del que es acreedor la persona por su condición de dignidad

---

<sup>6</sup> CARBONELL, Miguel, “Los derechos fundamentales en la Constitución de 1917: Introducción General”, recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1408/4.pdf>

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón Teoría de Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fabrique Furio Ceriol, Valencia 2002. Pag. 806

<sup>8</sup> FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Pág. 113 y sgtes.

<sup>9</sup> Cita extraída del proyecto de ley de identidad de género argentino: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:idPtO8LfG14J:www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp%3Ffundamentos%3Dsi%26numexp%3D5259-D-2007+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe>

y que está compuesto de las relaciones familiares, de la personalidad jurídica, del derecho a la nacional y del derecho al nombre<sup>10</sup>.

**D) Concepción.** Según el TC peruano que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio.”<sup>11</sup>

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el hito biológico con el que la protección jurídica de los derechos a la vida comienza y está marcado por la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, en atención a que el proceso de gestación no puede ser entendido de forma aislada al cuerpo de la mujer<sup>12</sup>.

El término concepción se utiliza desde tiempos inmemoriales en el lenguaje coloquial, y describe el momento en que inicia la vida de un ser humano, posteriormente el término pasó al lenguaje médico-científico. Por ejemplo: el famoso anatomista William previos al descubrimiento de la fertilización, se refieren al inicio de la gestación con este término<sup>13</sup>.

**E) Técnicas de reproducción asistida.** Son aquellas técnicas médicas que se utilizan cuando existe algún impedimento biológico de los padres para concebir un hijo de forma natural. Tales técnicas suponen una serie de procedimientos médicos que involucran la intervención de células u órganos biológicos ajenos a la de los padres, las mismas pueden estar relacionadas con la fecundación in vitro, la inseminación artificial, gestación subrogada, entre otras.

---

<sup>10</sup> Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2006. Serie C No. 156.

<sup>11</sup> EXP. N.º 02005-2009-PA/TC LIMA ONG “ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCION” SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, fundamento 38

<sup>12</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.

<sup>13</sup> HARVEY, William, “De Conceptione. Exercitationes De Generatione Animalium”, Londres. Inglaterra, Editorial Typus Du Gardianis, 1651.

Roberto Garzón indica que por reproducción asistida entendemos el conjunto de métodos médico-quirúrgicos cuyo objeto es lograr la fecundación de un ser humano de manera diferente a las condiciones inicialmente establecidas. Actualmente existen muchos y muy variados métodos de reproducción asistida, como la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la maternidad subrogada y la reproducción asexual<sup>14</sup>. Por lo que se evidencia que la maternidad subrogada es un método de reproducción asistida

**F) Fin lícito.** Para Lizardo Taboada, el fin lícito es un requisito esencial de validez del acto jurídico, así indica que un buen número de civilistas modernos han establecido que la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto: un aspecto objetivo que es idéntico al que le dan a la causa las teorías objetiva italianas, vale decir que el fin del contrato sea contrario a la ley expresa, y un aspecto netamente subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita<sup>15</sup>.

Según Rómulo Morales, en el marco del fin lícito, la causa –desde la perspectiva objetiva– debe ser conforme no sólo a los preceptos de la ley, al orden público y a las buenas costumbres, sino también debe estar de acuerdo con la necesidad de que el fin intrínseco del acto jurídico sea socialmente apreciable y digno de protección. En relación al aspecto subjetivo, señala que la causa es entendida como la razón que ha determinado a cada uno de los contratantes a concluir el contrato<sup>16</sup>.

Por su parte, Vidal Ramírez señala que el fin lícito consiste en la orientación que se le dé a la manifestación de voluntad, esto es, que ésta se dirija, directa y reflexivamente a la producción de efectos jurídicos, los cuales, obviamente, deben ser amparados por el Derecho objetivo. Pero si la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tal

---

<sup>14</sup> GARZÓN JIMÉNEZ, Roberto, “Reproducción asistida”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/9/cnt/cnt6.pdf>

<sup>15</sup> TABOADA, Lizardo, “Causales de nulidad del acto jurídico”, Comentarios al Código Civil, disponible en: [revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10746/11237](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10746/11237)

<sup>16</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. La causa del contrato en la dogmática jurídica. En: Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, p. 391.

amparo, por cuanto la intención del o de los celebrantes que le da contenido, tiene una finalidad ilícita, es que se produce la nulidad absoluta del acto<sup>17</sup>.

## 2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

- a. Título: Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada, Arequipa, 2013
  - Autor: Zaldívar Cerpa, Josué
  - Universidad: Universidad Católica de Santa María
  - Resumen: El referido trabajo tiene como objeto determinar si existe la necesidad jurídica de regular la maternidad subrogada, así como precisar las características que viene generando la aplicación de la técnica analizada y finalmente busca plantear una legislación específica que regula las prácticas de maternidad subrogada.
  - Comentario: El antecedente bajo referencia está vinculado con el presente trabajo de investigación pues desarrolla el tema de la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada, en especial el aspecto relacionada a su normatividad deficiente.
- b. Título: Trabajo de Suficiencia Profesional: Análisis de la protección constitucional y ponderación de derechos frente a la implementación de la maternidad subrogada en el Perú, 2012-2013
  - Autor: Castillo Velazco, Anyoly Yudy  
Téllez Hacha, Jennifer Joselin  
Gasco Camma, Karent Daniela
  - Universidad: Universidad Tecnológica del Perú
  - Resumen: El referido trabajo tiene como objeto analizar los derechos constitucionales tales como libertad, dignidad, intimidad, identidad, familia y salud; asimismo, se realiza una ponderación de los derechos con la técnica de maternidad subrogada.
  - Comentario: El antecedente bajo referencia está vinculado con el presente trabajo de investigación pues desarrolla el tema de la técnica de reproducción asistida de

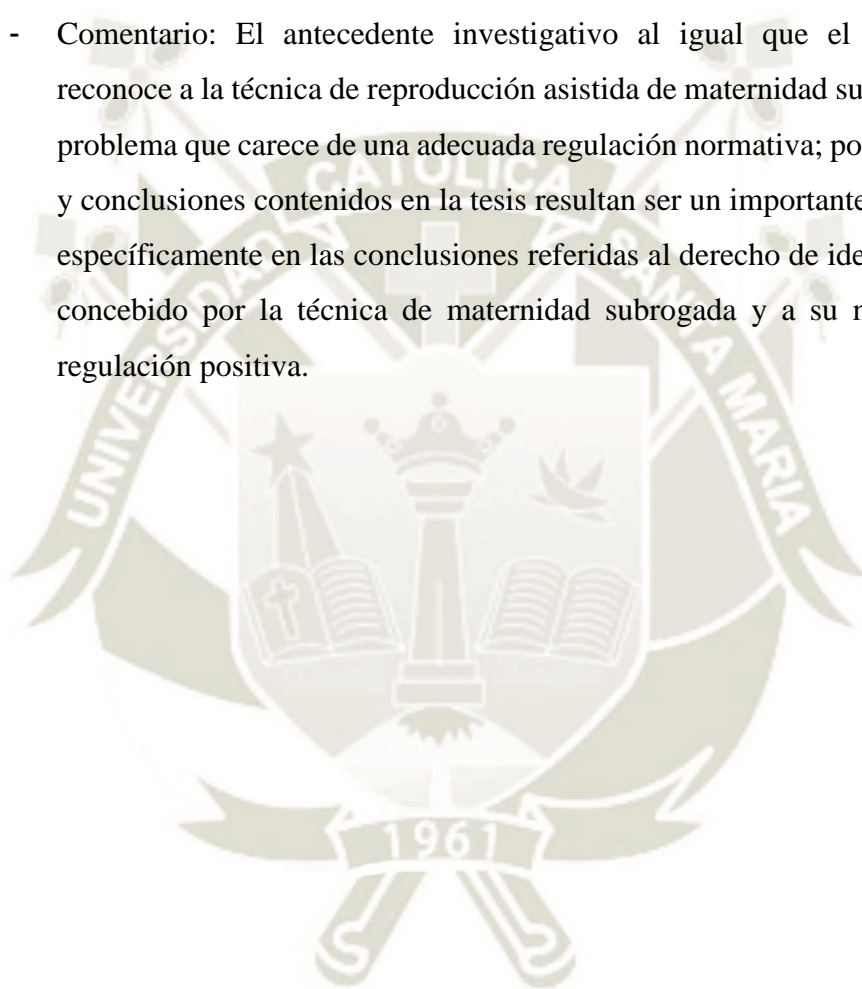
---

<sup>17</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Orden público y nulidad virtual del acto jurídico». En: Tratado de Derecho Civil. Tomo I: Título Preliminar. Lima: Universidad de Lima, 1990, p. 237

maternidad subrogada, en especial el aspecto relacionado con las implicancias que la técnica en análisis tiene sobre derechos fundamentales.

- c. Título: Técnicas de Reproducción Humana Asistida Heterólogas y el Derecho a la Identidad del Menor, Arequipa, 2018
- Autor: Llerena Pullchs, María Gracia
  - Universidad: Universidad Católica de Santa María
  - Resumen: El trabajo de investigación desarrolla el tema de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, las cuales traen beneficios; pero, su aplicación actual en el Perú trae consigo conflictos jurídicos vinculados a la inexistencia de normatividad y la vulneración de derechos fundamentales, primordialmente el derecho a la identidad del menor y a conocer a sus padres biológicos.
  - Comentario: El antecedente investigativo analiza a las técnicas de reproducción asistida heterólogas, dentro de las cuales se ubica la técnica de maternidad subrogada que es el objeto de la investigación que se realiza. En ese sentido, tanto el análisis y conclusiones contenidos en la tesis resultan ser un importante aporte para este trabajo, especialmente en el extremo referido a la vulneración de los derechos del menor del concebido mediante técnicas de reproducción asistida.
- d. Título: La Maternidad Subrogada en el Perú: ¿Problema o Solución?, 2015.
- Autor: Villamarín Zúñiga, Carlos Jorge Manuel
  - Universidad: Universidad Católica de Santa María
  - Resumen: El trabajo en mención tuvo por finalidad determinar si los contratos de maternidad subrogada cuentan con amparo constitucional; afirmándose que la práctica de esta técnica de reproducción involucra el ejercicio y la defensa de distintos derechos fundamentales.
  - Comentario: El antecedente investigativo referido está relacionado con el presente trabajo, ya que desarrolla el tema del contrato de maternidad subrogada desde una perspectiva constitucional; por lo que, los resultados de la tesis citada resultarán ser un antecedente útil para los objetivos planteados, en concretos determinar la licitud o ilicitud del contrato de maternidad subrogada.
- e. Título: Aspectos Jurídicos Intervinientes en la Contratación de la Maternidad Disociada (Ventre de Alquiler) y la Necesidad de su Regulación Legal en el Perú, 2012.

- Autor: Zegarra Torres, Yovana Isabel
- Universidad: Universidad Católica de Santa María
- Resumen: El trabajo de investigación identifica al problema de infertilidad de uno de los miembros de la pareja o de ambos, lo cual puede generar que la maternidad pueda disociarse; por lo que se propone una regulación positiva que establezca procedimientos, requisitos y protocolos a seguir para evitar que la práctica de maternidad subrogada cause inconvenientes en la sociedad.
- Comentario: El antecedente investigativo al igual que el presente trabajo reconoce a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada como un problema que carece de una adecuada regulación normativa; por tanto, el análisis y conclusiones contenidos en la tesis resultan ser un importante aporte para este, específicamente en las conclusiones referidas al derecho de identidad del menor concebido por la técnica de maternidad subrogada y a su necesidad de una regulación positiva.



### 3. CONCEBIDO

#### 3.1. Concepto

Para nuestro sistema de derecho positivo es persona el concebido; o sea, tiene existencia desde la concepción en el seno materno, en cuanto a partir de ese momento tiene capacidad jurídica, es decir, aptitud para la titularidad de algunos derechos, que se adquieren irrevocablemente sin nacer con vida o se resuelven si tal nacimiento no se produce, en cuyo supuesto se considera como si nunca hubiera existido.

En conclusión, el concebido es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de deberes y derechos que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de "derecho privilegiado".

El ser humano es sujeto de derecho desde la concepción hasta su muerte, es decir, es sujeto de derecho, en este lapso, de dos formas: como concebido, entre la concepción y el nacimiento, y como persona desde el nacimiento hasta la muerte, pero nosotros definiremos al concebido.

Concebido es vida humana que aún no ha nacido, pero que tiene existencia para el Derecho, la vida humana comienza con la concepción.

El concebido es sujeto de derecho, porque es vida humana en su etapa intrauterina, es ser humano autónomo, real, distinto a la persona humana, es decir, que el concebido no es persona, pero sí sujeto de derechos y obligaciones, pues estos derechos y su capacidad son disminuidos, esto ocurre sólo hasta el nacimiento, pues ahí toman su plenitud.

El concebido es un ser humano que, aunque incapaz de entender y de querer- y hasta un cierto momento de sentir- es un fin en sí mismo y no puede ser reducido a la calidad de medio o instrumento para lograr otros fines.

Nuestro Código Civil desecha la Teoría de la Ficción y opta por la Teoría Subjetiva, la cual considera al concebido como una realidad distinta a la persona, pues tiene un

tratamiento distinto al de la persona natural, y por lo tanto es Sujeto de Derecho por ser vida humana<sup>18</sup>.

El tema sobre el nasciturus es muy amplio que debemos analizarlo de manera minuciosa, pues el interés de aclarar su situación jurídica en nuestra legislación es interesante y necesario por tal motivo iniciaremos conociendo detalladamente el significado del no nato, así entenderemos el tema con mayor comprensión. “Nasciturus es el individuo humano en la fase inicial de su existencia, que va desde la concepción hasta su nacimiento”

Refiriéndonos a la cita antes mencionada manifiesta que el nasciturus es aquel que ha de nacer, este es un término jurídico que designa al no nato desde su concepción hasta su nacimiento, es decir nasciturus es considerado al concebido, no nacido, de esta manera es como nos vamos a referir a lo largo de la investigación, término jurídico que el derecho lo manifiesta y trata a una criatura mientras se encuentra dentro del vientre de la madre desde el momento de su concepción.

Para aclarar el tema al cual nos estamos refiriendo debemos de igual manera saber desde que momento se produce la concepción, para lo cual analizaremos su definición y así establecer con precisión desde que instante a la criatura se la puede llamar como nasciturus. Cabrera (1997) afirma: “*Concepción en la reproducción sexual, es el acto y efecto de la unión de un gameto masculino, espermatozoide y otro femenino óvulo para dar origen a un nuevo ser humano*”<sup>19</sup>

Para entender con mayor precisión sobre la existencia del nasciturus, Aida Martínez<sup>20</sup> (2015) desarrolla que también debemos saber desde que momento se lo llama de esa manera, y es desde su concepción que anteriormente hemos citado una definición, ya

---

<sup>18</sup> Urcia, Manuel; Urbina, Carlos; Carranza, Milagros. (2016). El concebido en el sistema civil peruano: hacia una conceptualización. Chimbote: Universidad San Pedro, p. 8-9

Página web consultada el 20 de diciembre de 2018, disponible en:

<http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/299/PI1650491.PDF?sequence=1&isAllowed=y>

<sup>19</sup> Cabrera, Jorge (1997): Tema Especial, Ética y Procreación Humana, Cuadernos de Bioética, Volumen N° 04, Universidad Anáhuac, México, p. 1402.

Página web consultada el 20 de diciembre de 2018, disponible en:

<http://aebioetica.org/revistas/1997/4/32/1398.pdf>

<sup>20</sup> Martínez, Aida (2015). Ensayo Jurídico “Sobre el Nasciturus como sujeto de derecho que violenta los Derechos Constitucionales”, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, UNIANDES – IBARRA, Ecuador, p. 7.

Página web consultada el 15 de noviembre de 2018.

Disponible en:

<http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2096>

que la ciencia lo ha manifestado de esa forma según sus investigaciones, es decir el nasciturus pertenece a la especie de la humanidad desde la unión del espermatozoide con el óvulo y mientras se encuentre en el vientre como lo ha determinado el derecho a la criatura se lo llamará nasciturus.

Se reconoce así que desde la concepción se inicia la vida humana, es decir desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide. De este modo no puede existir diferencia entre el concepto biológico y el concepto jurídico del ser humano. Si la ciencia indica que el concebido es un ser viviente perteneciente a la especie humana, el derecho debe recoger los datos provenientes de la ciencia a fin de aplicar sin ninguna excepción el principio de igualdad, pues claramente el derecho nace de las realidades humanas: primero existen las realidades y después se plasman en el derecho.

Esta protección al concebido, expresada además en otras leyes nacionales, tiene su tutela correspondiente en el derecho penal. En efecto el aborto es considerado como delito según el Código Civil Peruano, el cual en su capítulo II del título I (Delitos contra la vida el cuerpo y la salud) regula los diversos tipos y sanciones. Si bien las sanciones establecidas en algunos supuestos del aborto son mínimas, para un cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad, esto no deja de ser valorado aún como delito.

Como expresa el profesor Marcial Rubio quien es citado por Gabriela Carpio y Rafael Santa María:

*“( )...El Código Civil Peruano al considerar que la vida humana comienza con la concepción, ha determinado al propio tiempo que el aborto en cualquier etapa del embarazo es privación de la vida humana, y por consiguiente del derecho a la vida. Podría parecer que el tema del aborto es un asunto penal no civil, pero hay que tener en cuenta el artículo IX del Título preliminar del Código Civil que dice: “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza” Por consiguiente el principio que es la regla de que la vida comienza con la concepción se aplica también al derecho penal. Por*

*nuestra parte no encontramos incompatibilidad de naturaleza entre la norma del Código Civil que comentamos y el Derecho Penal (...)*<sup>21</sup>.

### **3.2. El Código Civil de 1984 y el paso de la ficción a la subjetividad del concebido**

El segundo párrafo del Artículo 1° del Código Civil señala que “la vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionado a que nazca vivo”.

Así tenemos que el Código Civil Peruano de 1984 es el primer cuerpo legal que reconoce la calidad de sujeto de derecho al concebido, aunque condicionándola a que nazca vivo para los efectos favorables. Y, de esta manera se supera la “ficción” adoptada por los derogados Códigos Civiles de 1852 y 1936, en consecuencia se deja la idea que el concebido deba esperar a nacer vivo para adquirir personalidad jurídica.

Sobre esta innovación legal, es importante señalar que el proceso de codificación fue dificultoso, y tenemos al Dr. Fernández Sessarego como el exponente ante la Comisión Revisora del Código Civil de 1984 del reconocimiento jurídico del concebido. Este autor – quien es citado por Santillán Santa Cruz<sup>22</sup> – nos dice: “*se tuvo que recurrir a argumentos filosóficos y científicos a fin de evidenciar que las visiones sobre el concebido, que recogían los cuerpos legales vigentes en el mundo en ese momento histórico, no se ajustaban a la realidad al considerar que el concebido se reducía a la nada existencial siendo, en cambio, un ser humano dotado de vida, que no requería nacer para detentar calidad ontológica*”.

Tal es así que el Código Civil, siguiendo el pensamiento propuesto por el Dr. Fernández Sessarego, otorga al concebido la calidad de “sujeto de derecho”, entendido como “centro de imputación de derechos y deberes”.

---

<sup>21</sup> Santa María, Rafael; Carpio, Gabriela, G. (2018). “El Reconocimiento Jurídico del Concebido y el Debate sobre el Aborto”, Instituto para el matrimonio y la familia, Universidad Católica San Pablo, Arequipa. Página web consultada el 12 de noviembre de 2018.

Disponibile en:

<https://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/el-reconocimiento-juridico-del-concebido-y-el-debate-sobre-el-aborto/>

<sup>22</sup> Santillán Santa Cruz, Romina (2014): La Situación Jurídica del Concebido en el Derecho Civil Peruano, Editora Jurídica, Perú, 2014, p. 65

En América Latina, cabe resaltar la influencia del profesor Vélez Sarsfield – cuyo pensamiento se acogió en Argentina en el año 1869 – por reconocer la calidad ontológica del concebido.

Bajo tal antecedente ideológico se sustenta el Artículo 63° del Código Civil Argentino que establece que el “concebido” es “la persona por nacer”, además del Artículo 70° que refiere que la concepción en el seno materno implica el inicio de la existencia de las personas.

Bajo tal contexto, la Dra. Santillán Santa Cruz<sup>23</sup> comenta: *“Pese a sus diferencias conceptuales, tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield como el Código Civil Peruano de 1984 se asemejan en lo sustancial. El Código Civil del Perú y el de Vélez Sarsfield coinciden en tanto que para ambos el concebido es un ser humano, el mismo cuya existencia tiene como principio la concepción, separándose así de la ficción imperante en la legislación comparada para otorgar tratamiento jurídico al concebido, por cuanto aquella desconoce en este una personalidad actual y la supedita a un hecho futuro e incierto como el nacimiento”*.

En razón de lo señalado, nuestro Código Civil vigente se adhiere al principio de la subjetividad del concebido que lo considera como un ser humano dotado de capacidad jurídica aunque condicionada a lo favorable.

### **3.3. La consideración del concebido en la Constitución de 1993**

En primer término cabe mencionar que la Constitución Política de 1979 establecía en la parte final del numeral primero del Artículo 2°: *“(…) Al que está por nacer se le considera nacido para todo lo que le favorece”*.

Así se advierte que la Constitución de 1979 adoptaba la teoría de la ficción para proteger al “que estaba por nacer”, considerándolo nacido para lo favorable.

El Código Civil de 1984 no sigue la postura adoptada por la Constitución de 1979 porque no hay que considerar nacido al concebido para atribuirle efectos favorables.

En virtud de ello, la Constitución de 1993 (promulgada en data posterior al Código Civil de 1984) declara que el concebido es un “sujeto de derecho para los efectos favorables”. Entonces, tenemos que el término “sujeto de derecho” utilizado en el

---

<sup>23</sup> *Ibíd*em, p. 65

cuerpo normativo civil fue incorporado al texto constitucional, otorgándole al concebido una protección amplia y elemental de sus derechos fundamentales.

En este punto, cabe traer a colación a la Dra. Santillán Santa Cruz<sup>24</sup> quien desarrolla que *“la regulación constitucional de la calidad del concebido como sujeto de derecho para lo favorable ha supuesto la máxima consagración de uno de los preceptos civiles recogidos por el artículo 1° del C.C. 1984, siendo su principal efecto que el nasciturus disfrute de un estatus especial para la garantía de sus derechos más esenciales. Es de notar, por tal razón, que la Constitución de 1993 viene a constituir un valioso aporte al constitucionalismo comparado, al ser la primera Carta Magna que reconoce al concebido su calidad de sujeto de derecho en tanto atributo inherente a su naturaleza de ser humano, esto es, en tanto atributo inherente a su dignidad”*.

Para Fernández Sessarego<sup>25</sup>, *“el que se reconozca constitucionalmente que el concebido es un sujeto de derecho significa que en cuanto ser humano, el concebido tiene capacidad actual – y no futura – de ser titular de derechos y obligaciones. La Constitución, sin embargo, remarca que esta capacidad se extiende tan solo a lo que le favorece. De este modo, se le confiere un trato privilegiado en tanto es un ser humano carente de la capacidad de ejercer, por sí mismo, los derechos que le son inherentes”*

### **3.4. El concebido como sujeto de derecho y persona humana según el Artículo 1° del Código Civil**

Antes de la promulgación del Código Civil de 1984, solamente se le consideraba a la persona como centro de imputación jurídica, es decir a la persona natural y a la persona jurídica, más no al concebido.

Sin embargo, como resultado de un largo proceso de codificación iniciado desde el año 1965, y acompañado de ideas innovadoras como son aquellas propuestas del Dr. Carlos Fernández Sessarego, se le reconoce al concebido la calidad de “sujeto de derecho”.

---

<sup>24</sup> *Ibíd*em, p. 71

<sup>25</sup> Fernández Sessarego, Carlos (2005): “Protección Jurídica del Concebido”, En Gutiérrez Camacho, La Constitución Comentada Artículo por Artículo, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima, p. 42.

En consecuencia, la Comisión Revisora del Anteproyecto del Código Civil de 1984 advierte que la noción de “sujeto de derecho” no se reduce a las personas físicas y personas jurídicas, sino que también reconoce tal calidad al concebido y las personas no inscritas.

Así, nuestro ordenamiento emplea el término de “sujeto de derecho” a cuatro categorías de sujetos: el concebido, la persona natural, la persona jurídica y las organizaciones de personas no inscritas.

La calidad de sujeto de derecho que se le brinda al concebido se encuentra más acorde a su realidad ontológica; pues todo ser humano, por el solo hecho de serlo, es titular de unos derechos y obligaciones fundamentales derivadas de su intrínseca dignidad humana.

Sobre el tema de la concepción del concebido como persona humana, la autora Romina Santillán Santa Cruz<sup>26</sup> en su trabajo “*La situación jurídica del concebido en el Derecho Civil Peruano*” realiza una recopilación de las diversas posturas doctrinarias, la cual reproducimos a continuación:

- *Para algunos, el primer párrafo del artículo 1 consagra el principio clásico sobre adquisición de la personalidad, según el cual, la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento, por lo que, dentro del ordenamiento jurídico nacional, el nacimiento con vida constituiría el elemento determinante para la atribución del estatus de persona humana y por consiguiente de la personalidad. (esta postura es principalmente defendida por Monge Talavera)*  
*De esta manera, la noción de “persona humana” exigiría no solo la existencia de vida humana sino además el nacimiento, por lo que solo desde este momento podría adquirirse la personalidad y no antes, Pero esta postura defiende únicamente la existencia de personalidad desde el nacimiento – ergo, se la despoja al concebido – porque omite lo declarado por el segundo párrafo del citado artículo en donde dice que “el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*
- *La jurisprudencia nacional (Casación N° 1486-2017-Cajamarca) ha establecido que para el legislador es sujeto de derecho el nacido vivo, porque solo la persona nacida puede ejercer a plenitud el goce de sus derechos civiles, habiendo solo*

---

<sup>26</sup> Santillán Santa Cruz, Romina, Op. Cit., p. 96-98

*derechos limitados antes de tal evento, Según lo esbozado a nivel jurisprudencial, la persona nacida y el concebido son igualmente sujetos de derecho, con la diferencia de que este último tiene personalidad limitada. Bajo esta línea argumentativa, solo al producirse su nacimiento con vida, el concebido adquirirá plena personalidad.*

- *Para otro sector doctrinal que se muestra contrario a las posturas antes expuestas, el CC de 1984 habría introducido una formula contradictoria, al decir por un lado, que se es sujeto de derecho desde el nacimiento, y por otro, que lo es también el concebido, esto es, el que aún no ha nacido (postura asumida por Tuesta Silva)*

*Para esta parte de la doctrina, la distinción entre concebido y persona humana es incluso errónea, porque la persona humana es todo ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte, por lo cual consideran que para evitar inexactitudes mejor hubiera sido decir “el ser humano es sujeto de derecho desde su concepción”.*

- *Otros autores, también seguidores de la postura anterior, dicen que lo más recomendable sería eliminar del artículo 1 aquel párrafo que se refiere a la persona humana como sujeto de derecho desde el nacimiento, por ser, en ese contexto, sistemáticamente impertinente, señalando que no es lógico que el tratamiento del concebido, en cuanto persona por nacer – hablando en términos ontológicos – se ubique después de la regulación de la persona nacida, es decir, de la persona natural. Pero cabe precisar aquí que esta propuesta de eliminación no solo debería estar fundada en la impertinencia sistemática del tratamiento normativo de un sujeto de derecho u otro, sino además y principalmente, en que de la lectura inmediata del primer párrafo del artículo 1° se concluye que antes del nacimiento el ser humano no sería sujeto de derecho, así como tampoco sería persona humana en tanto no se produzca su nacimiento.*

Posteriormente a ello, la autora en referencia se pregunta ¿el concebido es o no es persona humana, es o no sujeto de derecho a la luz del Derecho Civil peruano vigente?

Y, ante la interrogante tenemos la respuesta que el concebido si es persona humana porque en sentido ontológico todo ser humano o es, y como dice el Código Civil peruano vigente, el ser humano existe desde la concepción.

Es por tal condición de ser humano, que el concebido es sujeto de derecho, aunque tal condición solo le corresponda para todo cuanto le favorezca.

### **3.5. El Concebido como sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”**

El Artículo 1° del Código Civil precisa que el concebido es sujeto de derecho “para todo cuanto le favorece”, es decir que goza de una capacidad frente al derecho pero ésta se encuentra afectada por “efectos favorables”, lo que según la doctrina le otorga un estatus de privilegio o limitaría su capacidad jurídica.

Al respecto debe recordarse que la condición de sujeto de derecho y capacidad frente al derecho se entiende en una doble dimensión: a) la primera es una aptitud en abstracto de ser titular de derechos y derechos, que no supone atribución efectiva de ningún derecho ni obligación; y, b) la segunda es una aptitud concreta, de ejercitar los derechos y obligaciones.

En el caso del concebido, se presupone que el concebido disfruta de una capacidad de goce, que para nuestra normatividad, debe interpretarse en función de los “efectos favorables”

Así para Martínez Aguirre y Aldaz<sup>27</sup>, queda claro que en virtud de su naturaleza, el concebido desde el estado mismo de su concepción es titular de todos aquellos derechos personales innatos e inherentes a su condición de ser humano, por lo cual, es respecto de ellos que sus representantes tienen el deber de hacerlos efectivos. Y por esta titularidad que el concebido tiene con relación a sus derechos personales más fundamentales, en tanto sujeto de derecho es también capaz para ser titular o sujeto de otros derechos.

Sobre el tema, los “efectos favorables” posicionan al concebido como un sujeto privilegiado porque se le reservan los efectos favorables de cada situación, más no los efectos desfavorables.

Ahora, los efectos favorables suponen – según la posición doctrinaria mayoritaria – la adquisición de todo lo beneficioso para el concebido, es decir “derechos” y que no impliquen algún tipo de contraprestación<sup>28</sup>; en este esquema se ubicarían los derechos personales.

---

<sup>27</sup> Martínez de Aguirre y Aldaz, C. (2008): La persona y el derecho de la persona, en De Pablo Contreras, P, Curso de Derecho Civil, Volumen I, Editorial Colex, Madrid, Tercera Edición, p. 330

<sup>28</sup> Fernández Sessarego, Carlos (2011): El Concebido en el Derecho Contemporáneo, p. 6

Sin embargo, no debemos olvidar que las relaciones jurídicas son situaciones complejas, en las cuales será importante delimitar conceptualmente los “efectos favorables” en cada situación en concreto.

Sánchez Barragán<sup>29</sup> nos dice que *“la expresión “para todo cuanto le favorece” debe ser entendida en el sentido más amplio pues no se restringe a la adquisición de derechos por parte del concebido, sino que además puede suponer la asunción de obligaciones o cargas relativas a los beneficios que pudiera recibir con motivo de la actuación de sus representantes en todas las facetas del tráfico jurídico”*

### **3.6. Los derechos personales del concebido**

El concebido tiene la condición de ser humano y sujeto de derecho para lo que le fuera favorable (conforme establece la Constitución Política del Perú de 1993 y el Código Civil de 1984), por tanto es titular de los derechos que le son inherentes pese a que no los pueda ejercer por sí mismo. Tal es así que no es necesario que nazca vivo para que goce de los derechos personales o extra patrimoniales.

Es importante resaltar que los derechos personales o extra patrimoniales del concebido son incondicionales, porque únicamente los derechos patrimoniales se condicionan a que el concebido nazca vivo. Bajo ese entender, los derechos personales del concebido son atribuidos al mismo por el solo hecho de su concepción.

Asimismo, en cuanto a los “efectos favorables”, los derechos personales y extra patrimoniales siempre serán entendidos como beneficiosos para el concebido, por ende nuestro ordenamiento debe brindarles una protección adecuada.

Así tenemos que al concebido le favorecen derechos como el de la vida, la integridad física, el de ser reconocido para efectos de la filiación, la identidad, y otros.

Antes de continuar con el desarrollo del siguiente tema (la Identidad), no queremos dejar de hacer referencia a que dentro de los derechos del concebido, podemos encontrar el derecho a la identidad y su filiación.

---

Página web consultada el 20 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://www.uat.edu.pe/usat/files/2011/01/Discurso-Sessarego.pdf>

<sup>29</sup> Sánchez Barragán, R, (2010).: El tratamiento jurídico del derecho a la vida en relación al concebido desde el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego, en Aparicio Aldana, R, La Persona en el Derecho Peruano, Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, p. 65.

#### 4. IDENTIDAD

Cuando hablamos de identidad nos referimos, siguiendo a lo expresado por Larrain<sup>30</sup>, no a una especie de alma o esencia con la que nacemos, no a un conjunto de disposiciones internas que permanecen fundamentalmente iguales durante toda la vida, independientemente del medio social donde la persona se encuentre, sino que a un proceso de construcción en la que los individuos se van definiendo a sí mismos en estrecha interacción simbólica con otras personas. A través de la habilidad del individuo para internalizar las actitudes y expectativas de los otros, su sí mismo se convierte en el objeto de su propia reflexión. Esta relación reflexiva del sí mismo con el sí mismo debe ser entendida como hablarse así mismo, y hablarse así mismo debe entenderse como la internalización del habla comunicativa con los otros. El individuo se experimenta a sí mismo no directamente sino indirectamente; se hace objeto de sí mismo sólo al tomar las actitudes de otros individuos hacia él. La identidad, por lo tanto, es la capacidad de considerarse a uno mismo como objeto y en ese proceso ir construyendo una narrativa sobre sí mismo. Pero esta capacidad sólo se adquiere en un proceso de relaciones sociales mediadas por los símbolos. La identidad es un proyecto simbólico que el individuo va construyendo. Los materiales simbólicos con los cuales se construye ese proyecto son adquiridos en la interacción con otros.

El tema de la identidad se constituyó en uno de los aspectos unificadores en ciencias sociales durante la década de los noventa del siglo pasado y aún continúa como importante foco de interés para antropólogos, geógrafos, historiadores, politólogos, filósofos, psicólogos y, por supuesto, sociólogos. Ha estado bajo escrutinio científico desde hace ya más de 5 décadas, desde que Erik Erikson publicó *Childhood and Society* en 1950.

Para algunos teóricos, como por ejemplo Giddens<sup>31</sup>, la identidad del Yo es un proyecto distintivamente moderno, un intento del individuo por construir reflexivamente una narrativa personal que le permita comprenderse a sí mismo y tener control sobre su vida

---

<sup>30</sup> Larrain, Jorge. (2003). El concepto de identidad. Revista FAMECOS, Porto Alegre, N° 21, p. 30-42.

<sup>31</sup> Giddens, Anthony (2002): Modernidad e Identidad, Revista Región y Sociedad, Vol. XVII, N° 35, Río de Janeiro, p. 168.

Página consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/35/6.pdf>

y futuro en condiciones de incertidumbre. De acuerdo con Maribel Arancibia<sup>32</sup> quien haciendo referencia a Giménez, señala que el concepto de identidad no puede verse separado de la noción de cultura, ya que las identidades sólo pueden formarse a partir de las diferentes culturas y subculturas a las que se pertenece o en las que se participa. Además, la misma autora señalando a Castells<sup>33</sup> afirma que, tratándose de actores sociales, la Identidad es la construcción de sentido, atendiendo a uno o varios atributos culturales, priorizándolos del resto de atributos, que se construye por el individuo y representa su autodefinición.

Para Colhoun, citado por Castells<sup>34</sup>, la fuente de sentido y experiencia para la gente se aglutina en el constructo de Identidad, y eso se presenta en todas las culturas conocidas, pues todas establecen una distinción entre el Yo y el Otro, “...*el conocimiento de uno mismo –una construcción y no un descubrimiento- nunca es completamente separable de las exigencias de ser conocido por los otros de modos específicos*”.

Desde el marco de la sociología representada por Jenkins<sup>35</sup>, la Identidad es nuestra comprensión de quiénes somos y quiénes son los demás, y recíprocamente, la comprensión que los otros tienen de sí y de los demás, incluidos nosotros. Desde esta perspectiva, la Identidad es resultante de acuerdos y desacuerdos, es negociada y siempre cambiante. Al reflexionar sobre quiénes somos, la imaginación psicológica nos remonta hasta esa dimensión en la que nos enfrentamos a nosotros mismos, nuestro Yo, un sustrato biológico, familiar, educativo y social, que llegamos a experimentar fenomenológicamente como una parte de nosotros mismos, como nuestra marca indeleble a través de momentos y circunstancias, y que trasciende nuestros pensamientos y sentimientos.

Ya sea que se hable de Identidad del Yo (aspecto individual), o de Identidad Social (aspecto negociado con la colectividad) el concepto se utiliza en ciencias sociales

---

<sup>32</sup> Arancibia, Maribel (2016): La Identidad como una Construcción Cultural para la Sociología, Revista Electrónica Sincretismos Sociológicos Nuevos Imaginarios, Año I, Número 2, Bolivia, p. 5

Página consultada el 06 de julio de 2019

Disponible en:

[http://www.sincretismossociologicos.com/uploads/3/2/2/6/3226167/la\\_identidad\\_como\\_una\\_construcci%C3%B3n\\_cultural\\_para\\_la\\_sociolog%C3%ADa.pdf](http://www.sincretismossociologicos.com/uploads/3/2/2/6/3226167/la_identidad_como_una_construcci%C3%B3n_cultural_para_la_sociolog%C3%ADa.pdf)

<sup>33</sup> *Ibíd.*, p. 7

<sup>34</sup> Castells, M (2003): La era de la Información, Volumen II, Editorial Siglo XXI, Cuarta Edición, México, p. 28.

<sup>35</sup> Jenkins, Richard (2004): Social Identity, Cuarta Edición, Editorial Routledge, Londres, p. 37.

siempre que hay necesidad de un puente conceptual entre los niveles de análisis individual y colectivo.

Bruebaker y Cooper<sup>36</sup>, citados por José Ángel Vega Noriega y Jesús Valenzuela Medina en su trabajo “El Estudio de Identidad”, señalan que el término Identidad en Ciencias Sociales se ha utilizado de dos maneras: en un sentido ‘fuerte’ –esencialismo- y en una versión ‘suave’ –construccionismo.

A conclusión similar llega John MacInnes<sup>37</sup> cuando identifica que uno de los problemas para las ciencias sociales es dilucidar en primera instancia el hecho de que el concepto de identidad sea utilizado con significados contrastantes, a veces haciendo alusión a la singularidad, y a veces refiriendo lo compartido.

A finales de la década de los años setentas, analizando la situación que vivía la Psicología Social Norteamericana, James House<sup>38</sup> destacaba que el discurso se hallaba ‘partido’, al igual que el campo de estudios, en tres orientaciones que mostraban un progresivo aislamiento entre sí, la corriente principal en la Psicología Social o Psicología social Psicológica era uno de ellos. Esta orientación interesada en los procesos psicológicos relacionados con estímulos sociales, utilizaba experimentos de laboratorio y era enseñada en la mayoría de las universidades. Otra de las corrientes identificada por House fue el Interaccionismo Simbólico considerado como la variante sociológica de la Psicología Social, cuyo interés siempre ha sido el estudio de las interacciones sociales cara a cara mediante la observación naturalista. Asentada institucionalmente y conocida como la Escuela de Chicago, seguía el pensamiento de George H. Mead, Charles H. Cooley, Herbert Blumer, principalmente.

La tercera orientación identificada por House era la Sociopsicología –conocida como la Escuela de Iowa-, otra variante sociológica interesada en relacionar los fenómenos macrosociales (organizaciones, sociedades, y aspectos de las estructuras y procesos sociales en sí) con atributos y comportamientos individuales, mediante el uso de métodos cuantitativos y no experimentales (estudios ex post facto). Se identifica esta tercera

---

<sup>36</sup> Citado por José Ángel Vega Noriega y Jesús Valenzuela Medina en “El Concepto de Identidad como recurso para el estudio de Transiciones” (2012), Revista Psicología y Sociedad, Vol. 24, N° 2, Brasil, p. 2  
Página revisada el 06 de julio de 2019.

Disponibile en:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200004)

<sup>37</sup> *Ibíd*em, p. 3

<sup>38</sup> *Ibíd*em, p. 4

orientación como Enfoque de la Personalidad y la Estructura Social, o también como la Psicología Social Sociológica.

Estas tres orientaciones constituyen un antecedente que permite rastrear el uso actual que se hace del concepto de Identidad y sus dimensiones, pues en las agendas de las tres, representó siempre un interés central.

Brewer identifica diferentes tipos de usos del concepto Identidad: (a) que agrupa definiciones localizadas en el auto-concepto, como la identidad de género, la identidad racial y étnica, y la identidad cultural; (b) que se deriva de las relaciones interpersonales entre roles; (c) que se refiere a la percepción del Yo como parte integral de una unidad social o grupo amplio (más que a relaciones específicas con los individuos que conforman el grupo, la identidad se deriva de la pertenencia a dicha unidad, como es el caso de la afición y adhesión a un equipo deportivo). Finalmente, (d) implica la participación activa del individuo en la construcción de la identidad de la unidad o agrupación, como sería el caso de la participación política en algún proyecto que unifique al colectivo.

Entre los usuarios de estas acepciones existen ciertas afinidades, pero también fuertes oposiciones. Para algunos, por este uso inconsistente el concepto ya no debiese usarse como categoría analítica; para otros el concepto ya está establecido como parte importante de la imaginación y las herramientas conceptuales de la sociología, por lo que debemos seguir usándolo con el compromiso de estudiar toda la experiencia humana en sus propios términos para entenderla mejor.

El uso de acepciones ‘fuertes’ –muy asociadas a trabajos relacionados con género, raza, etnicidad, y nacionalismo- preserva el significado de sentido común dado al término; es decir, enfatiza la permanencia de lo esencial a través del tiempo y las personas, lo que implica los siguientes supuestos: (a) La identidad es ‘algo’ que toda la gente tiene, que debe tener, o que se está en búsqueda de ella y debe llegar a descubrir; (b) Es algo que todos (individuos y grupos) poseen o debiesen poseer; (c) Es algo que se posee sin estar consciente de ello, que debe descubrirse y que puede resultar difícil obtener; (d) Implica poseer marcas claras de diferenciación de los otros, y de homogeneidad al interior de la categoría, a fin de evitar la ambigüedad.

Las acepciones ‘débiles’ o construccionistas tienden a romper con la noción de sentido común. Acompañadas por fuertes críticas filosófico-conceptuales por el contenido

tradicional del término, representan el uso contemporáneo del término. En tales versiones, al concepto de Identidad se le relaciona con adjetivos como: múltiple, inestable, fluida, contingente, fragmentada, construida, y negociada. Según la propuesta de Bruebaker y Cooper, tres conceptos podrían servir a esta empresa. En una primera instancia, en el contexto de una teoría de la acción, convendría utilizar los conceptos de Identificación y Categorización para evitar la ‘cosificación’ de la identidad, pues ambos se refieren a acciones y procesos que llevan a pensar en la actividad desarrollada por los actores, en vez de una ‘sustancia’ o rasgo poseído; “...*la identificación de uno mismo y de los demás es intrínseca a la vida social; la identidad en el sentido ‘duro’ no lo es*”<sup>39</sup>

Por otra parte, para explicar el motivo no instrumental de la acción humana, representado por la acepción ‘fuerte’ de la Identidad, se plantea la utilización del concepto reflexividad (auto-comprensión). Este se refiere a la “subjetividad situada, el sentido de lo que uno es, de la propia ubicación social y de cómo –con base en ambos polos- uno se prepara para actuar”. Esta auto-comprensión abarca tanto la dimensión cognoscitiva como la afectiva, que recuerda la noción de ‘sentido práctico’ formulada por Pierre Bourdieu, y en ese sentido reflexividad no sólo es un término disposicional individual, es también un término transaccional (interactivo).

Continuando con la referida propuesta de Bruebaker y Cooper, en el ámbito de la utilización del concepto de Identidad en temas como raza, religión, etnicidad, nacionalismo, género, sexualidad, movimientos sociales, entre otros fenómenos colectivos en los que se hace referencia al sentido de pertenencia a un cierto grupo con las implicaciones tanto de adhesión al mismo como de diferenciación y hasta rechazo por ‘los otros’, se plantea sustituir Identidad por los conceptos de Comunalidad –compartir un atributo-, Conectabilidad –vínculo relacional entre las personas-, y Agrupabilidad –sentido de pertenencia a un grupo determinado.

Aunque la polémica sobre la utilidad del concepto en la actualidad continuará por algún tiempo, es pertinente referir que José Vera y Jesús Valenzuela<sup>40</sup> mencionan sobre el planteamiento de Jenkins para avanzar en la discusión: “*hay tantas buenas razones para*

---

<sup>39</sup> Ibídem, p. 5

<sup>40</sup> Vega, José; Valenzuela, Jesús: “El Concepto de Identidad como recurso para el estudio de Transiciones” (2012), Revista Psicología y Sociedad, Vol. 24, N° 2, Brasil  
Página revisada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200004)

*rechazar un modelo de identidad definida en términos de interioridad individual, autonomía y reflexividad, como para no aceptar una visión de exclusiva determinación externa”*

Cuando se estudia la identidad desde su perspectiva individual, o del individuo, se entiende, que es éste, el individuo, del que emanan las cualidades y las propiedades para conformar la identidad del mismo. El individuo es identidad, bien entendida como organismo biológico independiente del resto (perspectivas biologicistas), bien porque le caracteriza como tal el conflicto de fuerzas yoicas que tiene lugar en su interior (Psicoanálisis), o porque se entienda que es la experiencia subjetiva de ser único y diferente del resto lo que determina este concepto (humanismo), o finalmente, porque el lenguaje, que es la herramienta con la que construye su propia realidad, determina su existencia excluyéndole de otras realidades (Chomsky y otros autores expertos en lenguaje).

➤ Explicaciones biologicistas de la identidad: Eysenck y Wilson

Los partidarios de la visión biologicista creen que el ser humano como ser corporal y biológico es una entidad independiente, posee una identidad determinada por su propia existencia biológica. Dentro de las explicaciones biologicistas, dos de los autores más importantes fueron Eysenck y Wilson. Eysenck, psicólogo alemán fundador de la Terapia de Conducta, realizó grandes aportaciones a la forma de entender la personalidad y la identidad como por ejemplo la Teoría de los Rasgos de la Personalidad. Está de acuerdo con la determinación biológica del comportamiento personal y la personalidad y estilos de comportamiento que definen la identidad individual.

Wilson, uno de los biólogos americanos más conocidos por sus aportaciones a la sociobiología y al estudio de la evolución, demostró el determinismo existente en la selección natural de un conjunto de genes cuyo correspondiente patrón de comportamiento resultaba adaptativo para el individuo en su sociedad.

➤ Explicaciones Internalistas de la Identidad: Psicoanálisis: Freud y Jung

Freud intentó acercarse al concepto con su teoría de conflicto entre fuerzas intrapsíquicas: el "yo" (la identidad), el "ello" (el placer), y el "súper yo" (la moralidad introyectada), eran fuerzas que luchaban entre sí para la supervivencia del individuo. Ya entonces se creía que el ser humano quería mantener su status

quo en la Tierra, y la supervivencia de las fuerzas fragmentadas definían quiénes éramos nosotros y cómo nos enfrentábamos al mundo. Freud y Jung estudiaron también ese "yo" en sociedad y así, el concepto de "identidad" comenzó a estudiarse más ligado al estudio de "la masa", o los grupos sociales (Psicología de las masas y análisis del yo, Freud 1921). Se entendía que cuando el ser humano se unía y formaba grupos, emergía una "identidad" nueva que los cohesionaba, y la Psicología Social y de las Organizaciones, comenzó a emerger como una nueva realidad.

- Explicaciones Fenomenológicas de la Identidad: Humanismo y positivismo. Erikson y Rogers

Si entendemos la Identidad como "consciencia", como experiencias que captamos a través de nuestros sentidos, que experimentamos como la sensación subjetiva de ser y estar en el mundo como único y diferente del resto, entenderemos la Identidad desde una corriente más bien de tipo humanista. Para los humanistas es la consciencia de las limitaciones de uno mismo frente al ambiente en el que se tiene que desarrollar lo que va generando, en su desarrollo lo que se entiende por identidad. El máximo exponente de esta corriente es C. Rogers.

Para C. Rogers, quien es citado por la Dra. Elisa Fernández<sup>41</sup> en su artículo "Identidad y Personalidad", la "estructura del yo" (el concepto de "quién soy") emerge de la interacción entre el organismo y el ambiente de forma gradual. La tarea fundamental del individuo es la autorrealización del yo. El concepto de "sí mismo" consiste en la configuración organizada de percepciones conscientes, valores e ideales que conforman nuestra imagen personal, y su función es simbolizar la experiencia y tomar conciencia de la realidad. El "sí mismo real" se correspondería con el "autoconcepto" (cómo somos en realidad), mientras que el "sí mismo ideal" sería aquello que nos gustaría ser. El "sí mismo real" (autoconcepto) difiere del "sí mismo ideal". Rogers consideró que la diferencia entre una persona sana y una desadaptada se debe a la congruencia-incongruencia que existen entre el "yo" y la experiencia.

---

<sup>41</sup> Fernández, Elisa (2012): Identidad y Personalidad, Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia, Vol. 2, N° 04, España, p. 5.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

[http://www.psicociencias.com/pdf\\_noticias/Identidad\\_y\\_personalidad.pdf](http://www.psicociencias.com/pdf_noticias/Identidad_y_personalidad.pdf)

La autora antes nombrada, también desde esta perspectiva humanista, nos dice que se podría considerar a Erikson.

Erikson transformó las bases del desarrollo propuestas por Freud en su "Teoría de las Etapas Psicosociales" de desarrollo de la personalidad, comenzando a entender ese "quiénes somos" en oposición a "cómo somos con los demás". Erikson consideraba que el "yo" era la parte de la mente que daba coherencia a las experiencias tanto conscientes como inconscientes. Es la fuerza vital o capacidad organizadora que surge del contexto genético, socio-cultural e histórico del individuo. El desarrollo del yo, su capacidad adaptativa, su poder para enfrentar la tensión o para resolver conflictos, recuperarse y contribuir a la formación de la identidad.

➤ Explicaciones Narrativas de la Identidad: el Lenguaje

En palabras de Elisa Fernández<sup>42</sup>, el lenguaje es factor de identidad, que nos une al pasado y proyecta al futuro. Además, es un vínculo de símbolos que aglutina a la comunidad que comparte el mismo código. No sólo es un método de comunicación, lo trasciende porque es una institución social, lazo incuestionable que nos une al pasado, que lo mantiene gravitando sobre nuestra actualidad, que aglutina y es un motor de identificación. Para la perspectiva narrativa del estudio de la identidad, el lenguaje es la herramienta a través de la cual podemos interpretar quiénes somos, como es el mundo y cómo nos diferenciamos de él, construir esa imagen de nosotros mismos y comunicarla a nuestro entorno social. Sería el vehículo por el cual construimos y compartimos quiénes somos y como nos ven los demás. La identidad se convertiría en "una subjetividad comunicable", de carácter simbólico e inherente para los humanos.

Para dar cuenta del término identidad consideramos necesario recurrir a la noción de aporía, que literalmente significa "sin camino" o "camino sin salida": de ahí "dificultad". En sentido figurado, la aporía es entendida casi siempre como una proposición sin salida lógica, como una dificultad lógica insuperable de un razonamiento o de su conclusión. La aporía como lógica, hace visible el carácter insoluble de un problema y, al hacerlo, saca provecho porque despliega numerosas

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 5.

alternativas posibles: una forma particular de problematización que, en vez de forzar hacia una solución insostenible, asume la complejidad y la posibilidad de lo irresoluble. Así, se piensa a la aporía como algo imposible de realización plena pero necesaria, algo de lo que no se puede hablar en términos definidos de una vez y para siempre, pero es necesario hablar de él.

La identidad es un concepto aporético en tanto que tiene la condición de necesidad y a la vez de imposibilidad, es decir, es un concepto que es necesario para hablar de algo que caracteriza temporalmente o históricamente a un sujeto o a un campo disciplinario, pero, a la vez, es imposible de representación precisa y definitiva.

En este sentido, la identidad es algo irrepresentable, solo se puede hablar de ella, pero jamás representarla en términos tangibles, definitivos, exhaustivos, ni categóricos. Por ello nos es necesario hablar del término identificación, como un concepto que ayuda o permite entender mejor el proceso de construcción identitaria.

El término identidad se coloca en una posición aporética en tanto su significado primario, original (el de uno a uno, que se usaba para dar cuenta de las características propias de algo o alguien) ya no corresponde únicamente a ese significado. Es decir, el significado original cambia y se le asignan otros significantes al término identidad.

El vocablo identidad, con los filósofos clásicos, tenía un único significado, el de su raíz etimológica –latina– *identitas*, es decir, “igual a uno mismo” incluso “ser uno mismo” o lo que se conoce como principio ontológico (o metafísico) de identidad ( $A=A$ ) y era utilizado únicamente para hablar de las características, cualidades, atributos propios de un objeto o “del hombre”. En la filosofía clásica esas características o atributos del hombre eran su esencia, lo que lo diferenciaba del resto de los objetos, la definición de hombre era universal, definitiva, invariable, estática, fija. Por ejemplo, Parménides decía que lo existente es inamovible, por un principio lógico: solo podemos pensar lo que realmente es, no podemos pensar en lo que no es. Ahora bien, lo que es, necesariamente permanece, porque si no fuese así, dejaría de ser; por lo tanto, las cosas son inmóviles, es decir, el ser (la realidad) es único y permanente, inmutable.

Por su parte, Platón creía en el conocimiento verdadero de las cosas, por ello sugirió un *Topos Uranus*, un mundo inteligible donde existe el verdadero ser de las cosas,

las ideas o formas que daban existencia a todo el mundo sensible, el del devenir. Para Platón, el mundo sensible es una copia, una imitación del ser, que permanece eterno e inmutable en el mundo inteligible. Aristóteles en su filosofía primera o metafísica nos dice que el Ser se entiende de lo que es accidentalmente o de lo que es en sí, porque accidentalmente alguien puede ser albañil, pero también profesor, periodista o político; pero en sí es un hombre. Esto significa que el Ser tiene muchos sentidos, se dice de muchas formas, pero formas que participan de una y primera que las unifica: la entidad, o sea, lo que es en sí.

Posteriormente, algunos filósofos modernos empezaron a cuestionarse sobre el problema de la identidad del yo o de la identidad personal (y por extensión el problema de cualquier identidad sustancial), pero el primer obstáculo lo encontraban en la superación de un viejo esquema de identidad, la idea de sustancia que, desde Aristóteles, servía para pensar cómo cualquier entidad individual podía seguir siendo idéntica a sí misma pese a experimentar cambios y revisaron el problema de la identidad desde muy diversos modos.

Descartes, por ejemplo, se interesó por la cuestión de la identidad personal y sostenía que no podemos entender qué somos cada uno de nosotros hasta que no sepamos qué es lo que podemos saber con certeza. Es decir, si somos incapaces de revelar qué es lo real, qué existe verdaderamente, entonces no tiene sentido preguntarse por la cuestión de la identidad personal al carecer de un procedimiento para discernir lo existente o real, de lo inexistente o falso. La noción de identidad metafísica fue criticada por Hume y es la misma crítica a la noción de sustancia. Critica a los que creen que hay un yo (self) que es sustancial, y es idéntico a sí mismo, o idéntico a través de todas sus manifestaciones. Consideró que el problema de la identidad personal es insoluble, y se contentó con la relativa persistencia de un haz de impresiones en las relaciones de semejanza, contigüidad y causalidad de las ideas.

Kant también criticó la noción de identidad metafísica, aceptó las consecuencias de la crítica de Hume pero no su solución. Kant consideraba que es la actividad del sujeto trascendental la que permite, por medio de los procesos de síntesis, identificar diversas representaciones (en un concepto), según el autor solo la noción trascendental de identidad hace posible un concepto de identidad. Por su parte, pero en esta misma línea del problema de la identidad, Leibniz postulaba que si dos

objetos (individuo o predicado) son idénticos, tienen exactamente las mismas propiedades: “identidad de los indiscernibles” postula algunos principios como: a) si dos objetos a y b comparten todas sus propiedades, entonces a y b son idénticos, es decir, son el mismo objeto; b) si dos objetos a y b comparten todas sus propiedades cualitativas, entonces a y b son idénticos; c) si dos objetos a y b comparten todas sus propiedades cualitativas no relacionales, entonces a y b son idénticos.

Si bien se reconoce la intención de estos filósofos modernos de superar (por medio de sus reflexiones y postulados) el viejo esquema de la identidad esencial, sustancial y unívoca, no lo logran. Sin embargo, marcaron condiciones de suma importancia para la filosofía y la ciencia, por ejemplo, el pensamiento cartesiano que ha influido en diversos paradigmas teóricos (que, a su vez, intervienen en la práctica escolar). Con Descartes nacen las ideas de que el conocimiento es verdadero, único, universal, absoluto o, por lo menos, abre los intersticios para este tipo de pensamiento iluminista. En cuanto al problema de la identidad marcan vetas importantes para posteriores desarrollos de otros filósofos contemporáneos.

Desde la filosofía contemporánea, pensadores como Nietzsche y Heidegger pusieron en cuestión las esencias trascendentales, universales y atemporales. Y se cuestionaron también (al igual que los filósofos modernos) pero desde otra óptica, los planteamientos de los clásicos sobre ser igual a sí mismo, ser inmutable, ser inmóvil, eterno. La filosofía de Nietzsche estaba en contra de todo centro o identidad última (metafísica) y puso de manifiesto las debilidades, paradojas e inconsecuencias de esa absolutización metafísica de la identidad. La única posible identidad del discurso nietzscheano es precisamente la disolución de toda identidad, su lucha irreconciliable contra toda forma de identidad. Nietzsche dirige su pensamiento a la destrucción de la metafísica del ser, de la identidad y la eliminación de nociones como Ser, Historia, Razón, Sujeto, Identidad con mayúsculas para que pudieran ser contextualizadas, historizadas, situadas, o en palabras de Heidegger, Ser ahí (Dasein).

El Dasein es el ente que somos en cada caso nosotros mismos y que tiene entre otros rasgos la “posibilidad de ser” del preguntar. Es un término que expresa puramente el ser. Heidegger, nos dice que el Dasein es, en cada caso, aquello que él puede ser y tal cual él es su posibilidad. Esto quiere decir que, a diferencia de los entes no

humanos, el hombre es lo que él en cada caso, que es proyecto de sí mismo, tarea de su propia realización, es decir, el ser humano, el sujeto, es cambiante, está siendo constantemente.

La temporalidad, la historia situada, el ser ahí, *inter alia*, permitieron no solo poner en cuestión el significado del concepto identidad (metafísico, igual a sí mismo) sino que además hicieron posible que se le fueran asignando diversos matices, significados, al término identidad. Así el significante identidad se dotó de significados que rebasaban por mucho el “original” primario y, el contexto, la historia, el sujeto se posicionaron como categorías importantes para hablar del término. Entonces, ya no es posible hablar de la “identidad” para hacer referencia a las características universales del ser, o para definir al hombre como invariable e inmutable. Hoy sabemos que el ser está-siendo, que el sujeto se constituye constantemente, que adquiere o deja y se constituye por diversos polos identitarios y eso es lo que lo constituye en lo que es, en un momento particular de la historia, de su historia en un tiempo y espacio particular.

En este tenor, identidad resulta ser uno de esos términos espinosos que tiene adeptos y adversarios. Entonces, si se quiere hablar de identidad, casi siempre resulta indispensable enunciar el posicionamiento ontoepistemológico desde el cual se usará el término, en este sentido identidad es aporética. Recordemos que la aporía hace visible el carácter insoluble de un problema y, al hacerlo, saca provecho pues despliega numerosas alternativas posibles; como una forma particular de problematización que en vez de forzar hacia una solución insostenible, asume la complejidad y la posibilidad de lo irresoluble. Nos referimos, por ejemplo a cuando algo es a la vez necesario e imposible. Algunos autores prefieren no utilizar el término identidad justo por esta condición aporética y prefieren identificación (procedente del psicoanálisis) para dar cuenta de las características que distinguen a un sujeto, a una institución.

La identidad es una categoría general que posibilita que tengamos un lugar de adscripción (histórico-temporal) frente a los demás a distinguirnos de los otros (sujetos, instituciones, grupos, familias, comunidades, movimientos sociales, naciones), y decir qué es lo que somos y lo que no somos. No hay posibilidad de identidad que no postule, al mismo tiempo, una alteridad: no sería posible una mismidad sin la existencia de esa otredad.

Por su parte, Navarrete<sup>43</sup> desarrolla que *"el proceso identificatorio es algo más específico, particular, que implica el análisis del momento del enganche, de la identificación con algo o alguien (sujeto, idea) que nos constituye en un momento particular, específico de nuestra identidad histórica, contextual, ergo cambiante"*.

Para hablar de identidad hemos de partir de las personas como sujetos de identidad, personas como seres sociales con capacidad para la acción pública con sentido. Son estos agentes en el mundo social los que pueden tener una identidad, pues ésta se funda en la autocomprensión de un sujeto capaz de lenguaje y acción, que se presenta y, llegado el caso, se justifica ante los demás participantes en la conversación [e interacción] como una persona incanjeable e inconfundible. Por tanto, depende de las relaciones con otras personas: se forma como respuesta a las exigencias de los otros en la interacción y son esos mismos otros los que han de reconocerla y validarla.

Por otro lado, la identidad supone un movimiento doble de igualación tanto como de diferenciación respecto de los demás actores con los que interactúa el sujeto de tal identidad. Como afirma Habermas<sup>44</sup> *"en la identidad del yo se expresa la paradójica circunstancia de que, en cuanto persona, el yo es, por antonomasia, igual al resto de las personas, mientras que en cuanto individuo es, por principio, distinto del resto"*.

Es necesaria, pues, una cierta igualación como premisa obligada que permita el entendimiento y la acción conjunta. Pero también una diferenciación que manifieste la radical intercambiabilidad de cada sujeto individual. Tanto igualación como diferenciación dependen finalmente del medio social en el que se desenvuelven las personas, pues uno ha de igualarse a, y diferenciarse de, los otros en la interacción. Son, pues, las identidades de esos otros y el marco social de referencia los que marcan las cuestiones respecto a las que tiene sentido igualarse y diferenciarse, por tanto, tematizan la identidad personal.

---

<sup>43</sup> Navarrete, Zaira (2015). ¿Otra vez la Identidad? Un concepto necesario pero imposible. Revista Mexicana de Investigación Educativa, Volumen 20, N° 65, México, 468.

<sup>44</sup> Citado por Antonio Arrellano (1996) en La Identidad social en Habermas, Revista Ciencias Humanas y de la Conducta, Vol. 2, N° 3, Brasil, p. 306.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5139949.pdf>

En este marco tiene sentido referirse a la identificación. La identificación supone una similitud real o deseada basada en buena medida en el enlace afectivo que se crea entre dos personas. Esto hace posible la interiorización de, cuando menos, algún significante o significado identitario. Como dijera Freud, *“la identificación aspira a conformar el propio yo análogamente al otro tomado como modelo”*.

Igualmente, la desidentificación puede suponer la negación de un determinado significante o significado identitario como posibilidad de ser efectiva para la persona en cuestión. Lo que resulta es una modificación de la identidad personal en la línea del significante o significado que se pretende incluir en el repertorio identitario propio.

De este modo, la persona tendrá que hacer suyos y adaptar una serie de relatos de identidad relacionados con la identificación que está teniendo lugar. Incluso habrá de modificar de algún modo su línea de actuación para poder proclamar su nueva adscripción identitaria de forma que le sea reconocida.

La identidad no debe ser entendida en sentido descriptivo, como un yo que trata de conocerse -como es la concepción de la Psicología Social Cognitiva. Debe entenderse como una garantía de la continuidad de la persona, el compromiso que supone el habla en primera persona como consecuencia de la indexicalidad del lenguaje, garantía de la que el otro interactuante es necesariamente fiador, pues es quien la ha de validar. El reverso del compromiso es la confianza. Esta confianza en que los otros interactuantes van a actuar dentro de unos márgenes aceptables hace verdaderamente posible la interacción. La pérdida de la confianza conduce a la exclusión de las relaciones sociales, a la despersonalización: no se puede sostener una identidad viable si no existe confianza en el sujeto y ésta debe mantenerse a través del compromiso inquebrantable con la propia identidad.

El autorreconocimiento que consigue una persona de esta forma, en la interacción lingüísticamente mediada, ha de permanecer siempre fragmentario, en forma de autopresentaciones ampliables ad hoc, en la medida en que el decurso de la conversación las tematiza y las saca a primer plano. Aun con esta fragmentariedad, la persona es capaz de producir unos textos de identidad, construcciones discursivas autorreferidas, con las que da cuenta de sí mismo o al menos son susceptibles de ser utilizadas para tal fin cuando se presente la ocasión. Estas construcciones las

vamos a denominar en este trabajo relatos de identidad, como forma de resaltar la importante narratividad presente en ellas. En estos relatos es posible identificar una serie de significantes identitarios por los que el sujeto se reconoce y es reconocido por los otros interactuantes. Pero no solamente están los significantes, sino también los significados asociados por la persona a esos significantes, y donde es posible encontrar una importante variabilidad, aun tratándose del mismo significante.

Se trata, pues, de una diversidad de relatos identitarios, indeterminables y contingentes temporalmente, que remiten a unos ámbitos de interacción concretos, espacios en los que tiene sentido proclamar una determinada identidad. A pesar de la fragmentariedad y contingencia, el sujeto consigue una cierta articulación, pues el empleo recurrente de algún modo los estabiliza y los hace objeto de autorreconocimiento privilegiado al menos durante un período vital. Así pues, con su carácter construido, la identidad logra una cierta objetivación que le otorga una condición de realidad innegable, al menos en un contexto y durante un tiempo determinado.

Por tanto, siguiendo a Juan Revilla<sup>45</sup>, podemos definir la identidad personal como el autorreconocimiento reflexivo de una persona que toma forma en unos relatos de identidad en los que se apropia de una serie de significantes y significados y en los que construye su propia individualidad como sujeto único a la vez que parcialmente similar a otros. Estos relatos se producen en la interacción para dar cuenta de la demanda que ésta presenta.

## 5. DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental y, como tal, está íntimamente vinculado a la dignidad de la persona. No es posible concebir el desarrollo integral del ser humano al margen de este derecho. No en vano ha sido definido como el “derecho a ser uno mismo”, y es que se trata de un complejo derecho que implica no sólo el derecho al nombre, sino también a la nacionalidad, a la identidad cultural, a contar con un registro de identidad, en fin, con todo aquello que va a permitir a la persona que sea identificada dentro del conjunto de la sociedad como un individuo con derechos y

---

<sup>45</sup> Revilla, Juan (1996). La Identidad Personal en la Pluralidad de sus Relatos, Universidad Complutense de Madrid, España.

deberes, toda vez que una persona no identificada no existe en una sociedad y, por ende, se encuentra al margen del sistema.

Este derecho está consagrado tanto en el plano nacional como en el internacional. En el ámbito nacional lo encontramos en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, así como también en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes. En el ámbito internacional se encuentra en el artículo 6° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Posteriormente fue reconocido en tratados, estableciendo obligaciones para el Estado como, por ejemplo, en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de San José de Costa Rica –en sus artículos 3° y 18°–, la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 7° y 8° y el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos en sus artículos 16° y 24°

Muchas han sido las definiciones que se han dado en el plano doctrinal del derecho a la identidad. Sin embargo, la mayoría de ellas coincide en identificar dos ámbitos de protección: el primero, compuesto por el conjunto de características objetivas y constantes en el tiempo, tales como el nombre, fecha de nacimiento y filiación, que permiten diferenciar entre uno y otro individuo, aspecto denominado como Identidad estática. El segundo aspecto está compuesto por un conjunto de elementos vinculados con la pertenencia cultural, espiritual, política y religiosa de la persona, los cuales no son inmutables, pueden ir variando a lo largo del tiempo y conforman lo que se conoce como la Identidad dinámica.

Ambos aspectos del derecho a la identidad deben ser protegidos y garantizados por el Estado. Así podemos hacer referencia a la Defensoría del Pueblo quien en su Informe “*La Defensoría del Pueblo y el Derecho a la Identidad*” desarrolla que en el caso de la identidad estática –que la Defensoría del Pueblo ha entendido como el reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona–, se trata de la inscripción en un registro inmediatamente después de su nacimiento, el derecho a un nombre, el derecho a una nacionalidad y el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Esta garantía

---

<sup>46</sup> Defensoría del Pueblo del Perú (2006): Informe Defensorial N° 107 - La Defensoría del Pueblo y el Derecho a la Identidad, Versión Digital, Lima, p. 6  
Página web consultada el 06 de julio de 2019.  
Disponible en:  
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/021documentos/FB1B0965182A823D05258154005AF1AE/\\$FILE/Informe\\_N\\_107.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/021documentos/FB1B0965182A823D05258154005AF1AE/$FILE/Informe_N_107.pdf)

y protección se materializan cuando se brinda a cada individuo una identificación que le permita diferenciarse de los demás. Para ello, el Estado debe implementar un sistema registral donde se inscriban los llamados hechos vitales (nacimiento y defunción) y los hechos civiles (matrimonio y demás actos que modifican el estado civil personal) de sus nacionales. A pesar de la necesidad de que las personas se inscriban desde su nacimiento en un registro que permita identificarlas, ésta no ha sido la constante en nuestro país.

María Vila<sup>47</sup> considera que el derecho a la identidad personal se desdobra en derecho a la propia herencia genética y derecho al hábitat natural que como ser humano le es propio; además refiere que todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específico de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del hábitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético.

Conforme se tiene de lo expresado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos<sup>48</sup> en su trabajo denominado “El derecho a la identidad de las personas y los pueblos indígenas”, en 1989 se reconoció la identidad como un derecho, al incorporarse en la Convención sobre los Derechos del Niño. Desde el preciso momento en que México firmó la Convención, el Estado nacional se obligó a respetar el derecho del niño a tener una identidad desde su nacimiento. Dos años después ratificó el Pacto de San José, en el que se señala que el derecho a la identidad no se suspende ante graves emergencias como guerras o peligros públicos. Además de ser construida socialmente, la identidad también puede ser plural, porque se conforma por una gran variedad de identidades, entre ellas la personal, la relativa a la nacionalidad, la cultural y biológica, etc.; algunas son individuales y otras son de grupo. Las individuales se describieron ya en los párrafos anteriores, y a ellas se suma el género al que se pertenece, el estado civil y otras. Las identidades grupales pueden ser, por ejemplo, las de estudiantes, obreros, burócratas,

---

<sup>47</sup> Vila, María (1995). El derecho a la identidad personal. Cuadernos de Bioética, Volumen 6, N° 24, Universidad Complutense, Madrid, p. 409.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2721566>

<sup>48</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2016). El derecho a la identidad de las personas y los pueblos indígenas. Trigeminum, México, p. 6-7

indígenas, etc. Las identidades grupales son importantes y se componen de varios elementos: la construcción de una representación de quiénes somos y qué define a una cultura, e involucra entorno, historia, lengua, tradiciones, costumbres y educación.

El derecho a la identidad, especialmente para niñas y niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres, etcétera. Este criterio respecto del derecho a la identidad es el que adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 y que conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución entró en vigor en 1990. El artículo 7° establece que el niño tiene derecho a un nombre, nacionalidad, y a conocer a sus padres; mientras que el artículo 8o. obliga a los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, que incluye su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares.

De esta forma, Mónica Gonzales<sup>49</sup> concluye que *“si un niño se ve privado de alguno de estos derechos, el Estado tendrá que prestar la asistencia y protección con el fin de restablecer su identidad”*.

## 6. EL DERECHO A CONOCER LA IDENTIDAD BIOLÓGICA

Existen ya más de cinco millones de personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida; pero sabemos también que solo unos cuantos saben que han nacido mediante esa vía y menos todavía son quienes conocen cuál es exactamente su origen biológico.

Se empieza a discutir cada vez si existe el derecho o no a la posibilidad de conocer de dicho origen e inmediatamente después de ello, la pregunta será ¿hasta dónde debe llegar esa información?

---

<sup>49</sup> González, Mónica (2011). Reflexiones sobre el Derecho a la Identidad de Niñas, Niños y Adolescentes en México, Biblioteca Jurídico Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 130, p. 107.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/viewFile/23370/22083>

### 6.1. Derecho a la identidad y derecho a conocer el origen biológico

Toda persona tiene derecho a su identidad, recordando que éste puede definirse como *“todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo y no otro”*<sup>50</sup>

Dentro de este concepto puede incluirse tanto el derecho a conocer la identidad biológica como el derecho a la determinación de la relación paterno – filial que, si bien están relacionados, son dos cosas distintas.

La identidad de una persona implica no solo una verdad biológica, sino también una verdad sociológica, cultural y social. En este extremo es oportuno citar aquí a García y De la Fuente<sup>51</sup>, quienes expresan las razones que llevan a una persona al deseo de saber, señalando que no tienen que ver con el adoptado o el concebido mediante técnicas de reproducción asistida no se sienta bien con su familia, sino que responden más bien a cuestiones vinculadas con el sentimiento de identidad del sujeto.

En opinión de Fama<sup>52</sup>, *“ponderando los derechos en juego debe priorizarse el derecho a conocer los orígenes como un aspecto del derecho a la identidad por sobre los derechos de quienes prestaron su consentimiento para el acto procreacional”*

Adicionalmente, resulta pertinente citar a Bach y Tarasco<sup>53</sup> que *“si el hijo procede de donantes de una fecundación heteróloga, es decir, cuando existe más de dos padres, si al crecer el hijo decide conocer la identidad del progenitor biológico, debería tener el derecho jurídico a ello y desde el punto de vista ético lo tiene siempre, ya que cuando se alcanza la edad de la razón, hay una necesidad profundamente enraizada en el ser humano de conocer a su progenitor, para no crear un vacío en su ascendencia. Todos tenemos la necesidad de situarnos en*

---

<sup>50</sup> Fernández Sessarego, Carlos (1992): Derecho a la Identidad Personal, Buenos Aires, Astrea, p. 113.

<sup>51</sup> García Villaluenga, Leticia y Linacero De la Fuente, María (2006): El Derecho Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Peruano, Editorial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, p. 146.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en: [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=1446](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=1446)

<sup>52</sup> Fama, María (2012): El Derecho a la Identidad del Hijo Concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Lecciones y Ensayos N° 90. Argentina, p. 190.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>

<sup>53</sup> Corral García, Eduardo: El Lenguaje Bioético en la Normativa y Jurisprudencia sobre Problemas Biojuridicos, Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2, AEBI, Madrid, p. 250.

Página web consultada el 06 de julio de 2019.

Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/239.pdf>

*relación a una historia o una familia, lo que forma parte esencial de la propia identidad”*

## **6.2. Derecho a la intimidad y derecho a conocer el origen biológico**

El derecho a la intimidad es sin duda un derecho inherente, inalienable, imprescriptible e irrenunciable de toda persona, mas ¿es un derecho absoluto?

Sin duda que no, aun cuando tenga que ver con cuestiones estrictamente personales.

Y es que, en realidad, no existen derechos absolutos.

Cabe citar a Corral<sup>54</sup> que refiere: “(...) parece muy dudoso que el derecho a la vida privada personal o familiar pueda incluir el ocultamiento de la identidad de un padre respecto del hijo que desea conocerle. Las relaciones familiares y el estado civil son materias de interés público y que no pueden quedar en la reserva de la intimidad. De hecho, existe un Registro Público para dar cuenta de estos vínculos de parentesco. Otra cosa es que las circunstancias de la procreación o nacimiento queden amparadas en la esfera de la intimidad”

A ello se agrega que pareciera más esencial para el desarrollo de la personalidad y por tanto con mayor jerarquía, el derecho a la identidad que el derecho a la intimidad; por otro lado, el derecho a la identidad viene a ser reforzado por la concurrencia del principio del interés superior del hijo.

## **6.3. Derecho a la verdad y derecho a conocer el origen biológico**

Toda persona tiene derecho a conocer la verdad de todo lo que le atañe y qué verdad más importante que aquella de conocer sus orígenes, su verdad biológica<sup>55</sup>.

Al niño hay que decirle siempre la verdad, como una de las bases de su recta ética y ponerlo a salvo de situaciones de desencanto, de sensación de engaño, de manipulación interesada por parte de terceros o de abuso.

En esta materia, como anota Merchante<sup>56</sup>, existe el perjuicio de que si el niño se entera de su origen, sufrirá mucho y se desilusionará. Mas el ocultamiento a la larga

---

<sup>54</sup> Corral Talciani, Hernán (2010): Intereses y Derechos en Colisión sobre la Identidad del Progenitor Biológico: Los Supuestos de la Madre Soltera y del Donante de Gametos, Revista Ius Et Praxis, Año 16, N° 02, Universidad de Lima, Lima, p 75.

<sup>55</sup> Lacalle Noriega, María (2013): La Persona como Sujeto de Derecho, Segunda Edición, Editorial Dykinson, Madrid, p. 120.

<sup>56</sup> Merchante, Raúl (1987): La Adopción, Primera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, p. 84.

puede generar circunstancias particularmente dramáticas por la brusca o la indebida oportunidad del descubrimiento de la verdad o por su confirmación dolorosa si antes hubo alguna sospecha.

Por ello, Raúl Merchante sostiene al igual que la Organización de las Naciones Unidas<sup>57</sup> *“debe disuadirse a los padres para que no tengan vergüenza ni sentimiento alguno de inferioridad y para que desechen la idea de que los tendrá el hijo adoptivo si tempranamente lo convencen de la equivalencia del cariño y la solicitud que se les brinda en el nuevo hogar, con los que podría proporcionarles una paternidad natural (...)”*

#### **6.4. El derecho a conocer el origen biológico como derecho fundamental**

Junto con el derecho a la intimidad, a la identidad, a la verdad y a saber, como sustento para que una persona pueda acceder al conocimiento de su origen biológico, puede agregarse también la consideración del principio del interés superior del niño, el respeto de la dignidad de la persona humana, el derecho a la información y el derecho a la salud.

Adicionalmente, en cuanto a quienes invocan el principio del respeto a los contratos y la autonomía de la voluntad de las personas para preservar el anonimato en las técnicas de reproducción asistida, ello puede ser refutado teniendo en cuenta que la autonomía de la voluntad no es absoluta y que ella se ejerce en el marco del orden público y las buenas costumbres, así como del respeto de los derechos de los demás.

#### **6.5. La identidad biológica en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana**

En el Perú no existe una norma expresa que consagre el derecho a las personas a conocer su identidad biológica, por lo que debemos aproximarnos al tema desde diversas perspectivas normativas.

El Artículo 396° del Código Civil peruano dispone que: “El hijo de mujer casada no puede ser reconocido sino después de que el marido impugne la paternidad y obtenga sentencia favorable”.

---

<sup>57</sup> Merchante Fermín, Raúl (1987): Op. Cit., p. 85.

Lo que implica entonces que la ley privilegia la presunción de paternidad matrimonial a pesar de que la realidad diga que existe más bien una paternidad extramatrimonial.

Además debe recordarse que nuestro Código Civil establece:

- Artículo 361° (anterior redacción)<sup>58</sup>  
El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.
- Artículo 363°  
Establece las causales de negación de la paternidad, es decir cuando el padre del hijo de su mujer sustente que no es el verdadero padre.
- Artículo 364°  
La acción contestatoria debe ser interpuesta por el marido dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente del parto, si estuvo presente lugar, o desde el día siguiente de su regreso, si estuvo ausente.

Las normas citadas – se advierte de sentencias judiciales, colisionarían con lo dispuesto en el inciso 1 del Artículo 2° de la Constitución de 1993, el cual reconoce que toda persona tiene derecho a la identidad. Es más, una jurisprudencia de la Corte Suprema, de mayo del 2014, sostiene que es válida la reclamación de la paternidad que (como padre biológico) hace un tercero ajeno al matrimonio para que se le declare padre de una niña, sin que haya habido previamente cuestionamiento alguno de la paternidad por parte del marido.

Para tal efecto, la Corte Suprema inaplicó los artículo 396° y 404° del Código Civil. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema (Casación N° 2726-2012-Del Santa) estimó que, por encima de dicha regulación, prima la identidad biológica del menor, teniendo en cuenta el interés superior del niño, como también el estado constante de familia del menor con sus padres biológicos, toda vez que los padres biológicos venían desarrollando con la hija una vida familiar, lo cual no fue desvirtuado por el esposo de ésta y demandado. Cabe señalar que la demanda que originara este caso, había sido declarada fundada en primera instancia y declarada improcedente en la

---

<sup>58</sup> Artículo modificado por el D.L. N° 1377: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”.

segunda (argumentando que el padre biológico carecía de interés para obrar respecto a un proceso sobre impugnación de reconocimiento de paternidad).

Otro caso en el que la Corte Suprema también se ha pronunciado por la inaplicación del Artículo 400° del Código Civil privilegiando el derecho a la identidad, considerando que no existe razón objetiva y razonable que justifique fijar en 90 días el plazo para negar el reconocimiento indebido por uno de los padres (elevación en consulta del Expediente N° 229-2010-Puno).

Estima la Corte Suprema que el derecho a la identidad no debe limitarse en su protección por plazos legalmente establecidos, considerando su trascendencia como derecho fundamental en el desarrollo de la persona; así entonces se ha establecido que el mencionado Artículo 400° no puede ser obstáculo para que el Estado preserve el derecho a la identidad (Consulta – Expediente N° 293-2001-Lima).

También es interesante lo resuelto con motivo de la consulta evaluada por la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia en julio de 2010, respecto al Expediente N° 1388-2010-Arequipa, con relación a la constitucionalidad de los artículos 402° inciso 6 y 404° del Código Civil.

Sobre el particular, la Sala se pronunció en el sentido que la exigencia de requerir sentencia previa de impugnación de la paternidad e ignorar el resultado de un examen de ADN si involucra al hijo de una mujer casa, son normas contrarias a la Constitución por afectar el derecho a la identidad del niño y negar la identidad biológica.

Asimismo, existen pronunciamientos del Tribunal Constitucional que reconocen el derecho de toda persona a investigar su propia filiación; si bien estos fallos han sido dados en el marco de casos vinculados con el tema del Derecho de Familia, sus consideraciones son perfectamente extensivas al conocimiento de la verdad biológica como derecho individual.

Siendo que la discusión sobre el derecho de la persona a conocer su origen biológico se vincula directamente con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, desde el punto de vista del Derecho Civil y teniendo en cuenta que no existe una ley específica sobre la materia, debe tenerse presente entonces diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico:

- El Artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Siendo claro que la autonomía de la voluntad, bajo cuyo amparo se acuerda el anonimato en los contratos de reproducción asistida, no puede ir contra el orden público, conforme a la citada norma es necesario precisar este concepto.

Se trata del conjunto de normas jurídicas y principios constitutivos del orden social y que por ello son de ineludible cumplimiento para todos los ciudadanos.

Junto con el concepto de orden público, tenemos el de buenas costumbres, el cual tiene que ver con la moral social, compuesta por normas y principios que rigen en un lugar y en un momento determinado.

- El Artículo 1354° del Código Civil permite a las partes determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no se atente contra norma legal de carácter imperativo.
- El Artículo 1355° del Código Civil dispone que la ley puede imponer reglas o limitaciones a los contratos por razones de interés público, social o ético.
- El Artículo 1356° del Código Civil prescribe que las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas.
- En cuanto a la Constitución del Estado, tenemos que el Artículo 2° hace referencia a que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (inciso 1), a no ser discriminado (inciso 2), a la libertad de información, a la libertad de contratación siempre que sea con fines lícitos y no se contravengan las leyes de orden público (inciso 14).

Aunque no existe una norma expresa que desarrolle en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la verdad, éste puede encontrar amparo en el Artículo 3° de la Constitución<sup>59</sup>.

- La norma que trata con más detalle los temas de reproducción asistida es la Ley N° 26842 – Ley General de Salud.

---

<sup>59</sup> La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”

Esta norma en su Artículo 7° autoriza recurrir a las técnicas de reproducción asistida para solucionar problemas de infertilidad, siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona; asimismo, prohíbe expresamente la clonación.

La doctrina también se pronuncia sobre el tema analizado, de la siguiente manera:

- Rosario Rodríguez Cadilla<sup>60</sup> siguiendo el pensamiento del Dr. Marcial Rubio Correa señala: *“los hijos nacidos mediante las técnicas artificiales de reproducción humana tienen el derecho a conocer la identidad de sus progenitores, al amparo de la Constitución, facultad que está por encima de las decisiones de quienes lo engendraron, pues la identidad es un derecho estrictamente personal que no se podría negar invocando la intimidad”*
- Alex Plácido<sup>61</sup>: *“se debe afianzar el derecho de toda persona a conocer y preservar su identidad filiatoria, con prescindencia de las circunstancias fácticas en las que se desarrolló el acto procreativo, por la consideración primordial del interés superior del niño, dando preferencia a la realidad biológica independientemente de que la impugnación sea matrimonial o extramatrimonial”*
- Juan Espinoza<sup>62</sup>: *“Tanto el hijo adoptivo como el que es producto de las técnicas de reproducción asistida, cuando cumplan la mayoría de edad, tienen el derecho de conocer quién fue su progenitor biológico para defender sus intereses, incluyendo su salud, como podría ser el caso en que necesite un trasplante de riñón, para lo que se requiere de un pariente biológico que altruistamente lo ceda”*

Sin perjuicio de ello, *“considera que el factor determinante de la paternidad es el animus, la común intención del hombre y de la mujer que declaran tal deseo, planteando entonces la prevalencia de una definición dinámica de la paternidad antes que estática como la que plantea la relación padre-progenitor”*

---

<sup>60</sup> Rodríguez – Cadilla Ponce, Rosario (1997): Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su Trascendencia Jurídica en el Perú, Editorial San Marcos, Lima. p. 134.

<sup>61</sup> Plácido, Alex (2010): La Evidencia Biológica y la Presunción de Paternidad Patrimonial, Iuris Consulto, N° 02, Editorial USIL, Lima, p. 212.

<sup>62</sup> Espinoza Espinoza, Juan (2012): Derecho de las Personas, Concebido y Personas Naturales, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Grijley, Lima, p. 107

## 7. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DEL CONCEBIDO POR LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### 7.1. Identidad estática y dinámica

#### 7.1.1. Aspectos preliminares

Conforme se tiene del inciso 1 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”. Además el dispositivo legal referido destaca que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

También es importante recordar que el Código del Niño y Adolescente en el Artículo 6° reconoce que el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

Tal es así que de las normas mencionadas, fluye que el menor tiene derecho a un nombre, a una nacionalidad y además conocer a sus padres, pero estos aspectos están vinculados con “la identidad estática”; sin embargo, el derecho a la identidad es mucho más amplio, porque también se debe incluir el derecho a construir una identidad basada en aspectos de la personas, vínculos con sus padres, experiencias, sentimientos, es decir lo que se conoce como “identidad dinámica”.

Así por ejemplo, tenemos que la Dra. María Gracia Llerena Pullchs en su trabajo de maestría “Técnicas de Reproducción Humana Asistida Meteorólogas y el Derecho a la Identidad del Menor, Arequipa, 2018”<sup>63</sup>, cita a la autora Vargas Morales, identifica a la identidad como una derecho complejo que no solo se limita a un nombre o una nacionalidad, sino que se extiende a las relaciones familiares, como sería el conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

Ahora, en relación al tema de la presente investigación, es conveniente seguir la línea de pensamiento de la Dra. Llerena Pullchs que expresa que en nuestra legislación se “garantiza” el derecho a la identidad de un menor porque se le otorgaría una filiación, un nombre y nacionalidad que son registrados al nacer; es

---

<sup>63</sup> Llerena Pullchs, María (2018): Técnicas de Reproducción Humana Asistida Heterologa y el Derecho a la Identidad del menor, Arequipa, 2018, Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Católica de Santa María, p. 129

decir que se le asegura que tenga una madre y un padre que lo reconocerán luego de su nacimiento (aunque no sean los biológicos); sin embargo, la falta de regulación sobre las técnicas de reproducción asistida podrá generar la vulneración de los derechos del menor, al pretender impugnar ya sea la maternidad o paternidad al no haber lazos biológicos y al ser la prueba de ADN la que acredite la filiación, definitivamente los Magistrados resolverán usando este criterio, puesto que las normas filiales que actualmente posee nuestro ordenamiento jurídico se basan en los datos biogenéticos, entonces vulneran de esta manera la identidad del menor.

Para reforzar la idea previamente esbozada, mencionamos que si bien nuestro sistema legal permite al niño nacido (sea concebido de forma natural o mediante técnicas de reproducción asistida) ser reconocido por una madre y un padre; sin embargo, puede ocurrir el caso, que esta filiación sea “obligada”, es decir que los obligados a reconocer al menor en la realidad no sean los padres biológicos ni los padres con voluntad procreacional. Y, advirtiendo que el ordenamiento no brinda una adecuada regulación a las técnicas de reproducción asistida (como es el vientre subrogado), el derecho a la identidad del concebido por la técnica de maternidad subrogada se vería afectada, al imponérsele una filiación que en estricto no le correspondería.

Así tenemos que no resulta correcto identificar el derecho a la identidad solamente con el nombre, los apellidos y la nacionalidad; sino que su extensión es mucho más compleja ya que incluye más aspectos del ser humano, como es el conocer el verdadero origen.

### 7.1.2. Definición y alcances

La concepción moderna del derecho a la identidad apunta al reconocimiento de este derecho en una doble dimensión:

- La identidad estática o primaria, la cual es definida por María del Carmen Delgado Menéndez<sup>64</sup>, como la *“identificación física, biológica o registral de un sujeto tales como el nombre, el seudónimo, la imagen, el sexo, el lugar y*

---

<sup>64</sup> Delgado Menéndez, María (2016): El Derecho a la Identidad: Una Visión Dinámica, Tesis para optar el Grado de Magister en Investigación Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 15.  
Página web consultada el 20 de julio de 2019.  
Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>

*fecha de nacimiento, las huellas digitales, la filiación, la nacionalidad, entre otros”*

- La identidad dinámica, según lo expresado por Fernández Sessarego<sup>65</sup>, *“es la identidad personal que se proyecta socialmente, se enriquece constantemente, se eleva y se degrada, progresa, involuciona, cambia, tiene una connotación con todo aquello que el ser humano hace en y con su vida”*

Como señalamos anteriormente, la Convención de los Derechos del Niño reconocen el derecho a la identidad de los menores y específicamente el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos; tal es así que respecto al derecho a la identidad se ha generado una gran discusión doctrinaria sobre su concepto y más aún se hace hincapié al llamado “criterio de verdad biológica” como algo inherente a la identidad personal.

En relación a la identidad estática identificada con datos de identificación podemos decir que no existe mayor inconveniente en su comprensión; sin embargo, por el contrario la identidad dinámica es un término más amplio y complejo, porque se asocia con todo plan de vida del sujeto, su sistema de valores, sus creencias, su ideología, bagajes culturales, entorno social, acciones sociales, entre otros.

En consecuencia, el aspecto dinámico de la identidad se encuentra en un constante proceso evolutivo, no siendo persistente, sino que a lo largo de la vida adquiere diferentes “yoes”.

Sin embargo, pese a la distinción entre identidad estática y dinámica, debe resaltarse que *los aspectos dinámicos de la identidad se construyen sustancialmente desde una dimensión estática*<sup>66</sup>.

El sustento y valoración del derecho a la identidad se encuentra en el libre desarrollo de la personalidad, es decir su autonomía.

---

<sup>65</sup> Fernandez Sessarego, Carlos (1992): El Derecho a la Identidad Personal, Op. Cit., p. 25.

<sup>66</sup> Villamayor, Fabián (2005): Protección Jurídica del Derecho a la Identidad en la Adopción, Ponencia distinguida en el Curso de Ponencias de los Alumnos de la “XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Facultad de Derecho de la UBA, Argentina, p. 297. Página web consultada el 20 de julio de 2019.

Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/1ye/revistas/83/proteccion-juridica-del-derecho-a-la-identidad-en-la-adopcion-incidencia-de-la-convencion-de-los-derechos-del-nino.pdf>

En el caso de los menores, podemos identificar una “autonomía futura” o en proceso de formación; consiste en la libertad de materializar y diseñar un propio plan de vida, sin la interferencia de otros inclusive del Estado. Así podemos señalar que el respeto a la identidad personal está vinculado a la protección de la autonomía individual.

En este punto, resulta interesante traer a colación a Fabián Villamayor<sup>67</sup> que desarrolla: *“los elementos estáticos de la identidad del menor son condiciones necesarias pero no suficientes para la configuración de una identidad moral. Lo relevante es la integración de éstos en un plan de vida. Del mero dato biológico o identificatorio no se sigue ningún valor moral. Es una falacia derivar consideraciones morales de datos empíricos. Lo relevante, lo que hace digna de protección a la identidad es su proyección dinámica. De ahí que la elaboración psicológica del conocimiento sobre el origen biológico sea trascendental en la vida del menor, en tanto le posibilita un desarrollo pleno de su propia personalidad, sus valores y creencias. En suma, no es la “realidad biológica” como dato referencial lo que cuenta, sino la elaboración moral del propio sujeto. Detrás de la búsqueda del verdadero origen biológico hay toda una actitud moral del sujeto, expresada por un conjunto de deseos relacionados con el conocer “la historia previa”, esto es los antecedentes familiares, afectivos y las circunstancias que rodearon la procreación.*

*Así las cosas, parecen colapsarse las dos dimensiones del derecho a la identidad, quedando una tesis en la cual la protección jurídica del derecho a la identidad del menor encontraría justificación en una consideración dinámica del plan de vida del sujeto”*

### 7.1.3. Orígenes

Los orígenes del derecho a la identidad personal se encuentran en la jurisprudencia italiana, puesto que a partir de sentencias de jueces italianos se pone en evidencia el derecho a la identidad, su reconocimiento y tutela jurídica.

Podemos señalar que la Sentencia del Pretor de Roma de 1974 reconoce la vertiente dinámica de la identidad personal, en el sentido que Fernández

---

<sup>67</sup> *Ibíd*em, p. 297.

Sessarego<sup>68</sup> comenta que *“En este insólito pronunciamiento judicial, por primera vez, se hace referencia a la identidad personal como un nuevo interés del ser humano digno de ser tutelado por el derecho, donde la “verdad personal” constituye la nota conceptual determinante del derecho a la identidad”*

Luego el mismo autor, nos dice que la Corte de Casación Italiana emite la sentencia del 22 de junio de 1985, en la cual se establece que la identidad personal integra un bien especial y fundamental de la persona, que se garantiza con la libertad de desarrollar integralmente la propia persona individual ya sea en comunidad o de forma particular.

El reconocimiento de la identidad en su doble dimensión se inicia en América Latina desde los años noventa, con las nuevas Constituciones y normativa de Perú, Ecuador, Argentina, Paraguay, Bolivia y Venezuela.

#### **7.1.4. Identidad Dinámica y la Verdad Socio afectiva**

El desarrollo integral de la personalidad se sustenta en el derecho a la libertad; así cada persona puede decidir sobre su propia vida y desarrollar su personalidad.

Por ende, la identidad dinámica se sustenta en la libertad y el desarrollo de la personalidad.

Ahora, en esta vertiente dinámica de la identidad podemos encontrar a la “posesión de estado paterno filial”, entendida cuando: a) la paternidad se basa en un vínculo biológico; o, b) cuando la paternidad se sustenta en la posesión del estado padre – hijo.

Al respecto, Benjamín Llanos Aguilar<sup>69</sup> nos dice sobre la “verdad socio afectiva”: *“el padre social se trata de aquella persona que no siendo padre biológico, si lo es desde el punto de vista legal y se comporta como un verdadero padre, cuida como tal a los hijos, asume todas las responsabilidades propias de un padre, estableciendo una relación beneficiosa para el hijo o hija”*.

---

<sup>68</sup> Fernández Sessarego (2014): El Derecho a la Identidad Personal, Op. Cit. p. 8.

<sup>69</sup> Aguilar, Benjamín (2013): La filiación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, p. 13

También cabe citar a José Ivan Saravia<sup>70</sup> que comenta que *“el derecho a la identidad dinámica nos muestra al reconocimiento en su característica de irrevocabilidad ante una posición de estado como vínculo social de filiación; en este sentido, la identidad biológica es importante pero no es absoluta; muchas controversias se sustentarán en la verdad afectiva y en la posesión de estado paterno filial y no solo en los lazos de sangre; no pudiendo descartarse de plano los artículos establecidos en el Código Civil, porque el derecho a la identidad del niño, consagrado en la Constitución y Convención sobre los Derechos del Niño, no sólo debe analizarse desde una vertiente estática sino también desde la dinámica”*

#### **7.1.5. Jurisprudencia Nacional: Pronunciamientos de la Corte Suprema**

El derecho a la identidad en sus dos vertientes estática y dinámica viene siendo objeto de pronunciamientos de la Corte Suprema de la República; por lo que haremos referencia a dos de sus pronunciamientos, a fin de conocer el criterio que vienen manejando respecto del derecho en análisis.

Tenemos:

- **Casación N° 950-2016-Arequipa**

La Corte Suprema señala que el derecho a la identidad del menor se trata de una institución concebida no en favor de los padres sino en interés de los hijos, para que, a través de él, se cumpla con la obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor; y, también se garantice la vigencia de sus derechos, entre ellos se destaca el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella.

Otra idea desarrollada es que el derecho a la identidad debe ser entendido como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo y a ser reconocido como tal. En ese sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos:

- El estático, que esta restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre, apellido)

---

<sup>70</sup> Saravia, José (2018): La Consolidación del Estado de Familia, la Identidad Estática y Dinámica del Niño y su Integración a su Familia Biológica como Derechos del Hijo en el Proceso de Impugnación de Paternidad, Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho de UNIFE, Persona y Familia N° 07-2018, p. 196.

- El dinámico, más amplio e importante, ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual, psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos, religiosos o políticos.

Se identifica el aspecto dinámico también con las relaciones familiares, las que se instituyen inmediatamente que se conocen quienes son los padres que también contribuyen a delimitar la personalidad del sujeto.

La Corte Suprema tampoco olvida que la Constitución Política del Perú y el Código de Niños y Adolescentes establecen que el niño y el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir su nacionalidad y en la medida de lo posible a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

- **Consulta – Expediente N° 1388-2010 – Arequipa**

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente señala que según los artículo 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, todo niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose el Estado a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

Así, entiende a la identidad como el derecho que tiene todo ser humano a ser uno mismo y a ser reconocido como tal; en este sentido, el derecho a la identidad personal debe ser protegido en sus dos aspectos el estático que está restringido a la identificación (fecha de nacimiento, nombre y a un estado civil) y el dinámico es más amplio y más importante, ya que está referido a que la persona conozca cuál es su específica verdad personal, pues el ser humano, en tanto unidad psicosomática, es complejo y contiene múltiples aspectos vinculados entre sí, de carácter espiritual psicológico o somático, que lo definen e identifican, así como existen aspectos de índole cultural, ideológicos,

religiosos o políticos que también contribuyen a delimitar la personalidad de cada sujeto.

En consecuencia, señala que el derecho que tiene todo niño a conocer quiénes son sus padres y que en su partida de nacimiento aparezca consignado el nombre de sus verdaderos padres, no es otra cosa que la manifestación concreta del derecho que tiene todo sujeto a su propia identidad personal, derecho que está reconocido en el Artículo 2° inciso 1 de la Constitución Política del Estado como un derecho fundamental de la persona y por ser consustancial a la persona humana, tiene carácter de inalienable, perpetuo y oponible erga omnes, por tanto que no admite límites de ninguna naturaleza sean éstos temporales o materiales.

## **7.2. Derecho a la identidad biológica**

Considerando que el derecho de la persona a conocer su origen tiene una conexión directa con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida (dentro de las que se incluye el vientre de alquiler), desde el punto de vista del Derecho Civil y reiterando que no existe norma específica sobre la materia, debe tenerse en cuenta diversas normas.

De una revisión integral y sistemática del ordenamiento jurídico peruano, nótese que este reconoce expresamente el derecho a la identidad de cada persona así como el derecho a la verdad y a saber, además del principio del interés superior del niño, resulta amparable el reconocimiento en el Perú del derecho al conocimiento del origen biológico de las personas nacidas mediante las técnicas de reproducción asistida.

Es importante mencionar que Torres Flor<sup>71</sup> sustenta que en consideración del principio del interés superior del niño, debe valorarse “la superioridad de los derechos de estos últimos frente a la pretensiones de sus padres sociales y el derecho a la intimidad genética del donante anónimo, los cuales deben ceder frente al derecho a la identidad genética de los hijos matrimoniales concebidos mediante las técnicas”. Y desarrollando que el derecho a la identidad genética parte de la identidad personal, el cual constituye expresión de la unidad propia del ser humano agrega:

---

<sup>71</sup> Torres Flor, Analucía (2014), Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heterologa, Arequipa, Universidad Católica San Pablo, p. 246

*“El Estado debe garantizar el ejercicio del derecho personal a través del reconocimiento del derecho a conocer el propio origen biológico, el cual no se satisface con la mera revelación de datos personales, sino que implica el legítimo derecho a tener contacto con quienes serían sus progenitores genéticos e incluso establecer vínculos filiatorios a través de las acciones de estado correspondientes”*

### **7.3. El derecho a conocer los orígenes frente al uso de las Técnicas de Reproducción Asistida**

El derecho a conocer los orígenes como proyección del derecho a la identidad ha sido reconocido expresamente en el derecho comparado y en especial, en el ámbito comunitario europeo, a través de sendos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así destacan “Gaskin c/ Reino Unido” (07.07.1989), “Mikulic c/ Croacia” (07.02.2002) y “Ebru et Tayfun Engin Colak c/ Turquía” (30.05.2006).

Frente a contextos diferenciados, el Tribunal concluyó que:

- En el primer caso, el respeto por la vida privada requiere que toda persona pueda ser capaz de establecer detalles sobre su propia identidad como seres humanos y que en principio aquéllos no pueden ser obstruidos por las autoridades para obtener esa información básica sin causa justificada.
- En los casos siguientes, se reconoce el interés en obtener informaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad sobre un aspecto importante de su identidad como, por ejemplo, es el conocer la identidad de sus progenitores.

### **7.4. Derecho a la Identidad Personal**

La identidad personal comprende todos los aspectos de la persona, no limitándose únicamente a los nombres, apellidos y nacionalidad; sino que alcanza a experiencias, conocimientos cognoscitivos, culturales, personales, aspectos psicológicos, la personalidad, vivencias, lazos familiares y otros.

La identidad personal pretende unir las dos tipologías de identidad (estática y dinámica) en una sola, ello con la finalidad de evidenciar que el ser humano posee una única identidad inquebrantable.

Con mayor precisión y en palabras de Carlos Sessarego<sup>72</sup>, la identidad personal es un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en la sociedad; es todo lo que hace que cada persona sea uno misma y se diferencie de otros, por ello incluye un conjunto complejo de datos biológicos, psíquicos y existencias.

Bajo ese tenor y siendo que la identidad personal (suma de la identidad estática y dinámica) es un derecho humano, el Estado debe velar y tomar las acciones correspondientes que permitan garantizar el respeto del derecho de identidad de las personas, resaltando a los concebidos por técnicas de reproducción asistida.

### **7.5. Derecho del menor a conocer a sus padres biológicos**

El conocer el verdadero origen biológico y/o genético de un menor se desprende de la identidad del menor, lo que incluye el derecho a conocer quiénes son sus padres biológicos y también la forma de su concepción.

Ante la actual situación legal de las técnicas de reproducción asistida, el Estado permite que los padres del menor concebido decidan sobre dar conocer o no al niño su origen biológico y su forma de concepción; lo que evidencia que el menor se encuentra en una suerte de desprotección, en especial su derecho a la identidad biológica.

Los autores Muñoz y Vittola<sup>73</sup> sobre el tema en comentario, nos dicen:

*“Si bien no puede asegurarse a ciencia cierta el grado de importancia del dato genético en la construcción de la identidad personal, existe un consenso generalizado en que tal información no puede quedar a la libre disposición de los Estados o centros especializados. Por el simple hecho de tratarse de uno de los elementos que conforman la identidad de una persona, que debe ser resguardada y registrada. El Estado por si solo no puede ocultar a las personas el conocimiento sobre su origen, pues*

---

<sup>72</sup> Sessarego, Carlos (2003), Persona, personalidad, capacidad, sujeto de derecho: Un reiterado y necesario deslinde conceptual en el umbral del siglo XXI. Persona –Revista Electrónica de Derechos Existenciales N° 24, p. 1-19.

<sup>73</sup> Muñoz Genestoux y Vittola (2017), El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Revista IUS, Volumen 11, N° 39, México, p. 7

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00011.pdf>

*implicaría negarle uno de los elementos constitutivos de su identidad. Es la propia persona, con base de su autonomía personal, quien elegirá qué grado de importancia le dará a su vida conocer o no ese dato genético”*

En razón de lo citado, tenemos que la información sobre la concepción y origen biológico de un menor concebido por técnicas de reproducción asistida no puede quedar en lo etéreo o en una esfera oculta de los padres o del Estado, porque ello implicaría una vulneración del derecho a la identidad, ya que únicamente la persona concebida por una técnica de reproducción asistida le otorgará a este dato de su concepción la importancia que considere conveniente sin la injerencia o decisión de un tercero (sean sus padres o el Estado).

De lo desarrollado en este capítulo, podemos resaltar que el concebido (incluido el concebido mediante técnicas de reproducción asistida) es sujeto de derechos desde la concepción hasta la muerte, es decir se trata de un ser humano dotado de capacidad jurídica, pero tiene la particularidad de “estar condicionado a lo favorable”.

El estatus de privilegio del concebido le otorga una situación favorable de adquisición de todo lo beneficioso, como serían los derechos personales o extra patrimoniales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la identidad.

Ahora, conforme fluye de la Convención sobre los Derechos del Niño, el menor tiene derecho a tener una identidad desde su nacimiento (e inclusive desde su concepción); es decir que toda persona (considerando a aquéllas concebidas por técnicas de reproducción asistida) tienen derecho a la identidad, precisando que ésta también implica conocer el origen biológico.

A mayor precisión, el derecho a la identidad debe ser protegido en sus dos vertientes tanto en la esfera estática como en la vertiente dinámica, la cual es más compleja e importante.

Dentro del extremo dinámico de la identidad, podemos señalar que si bien la identidad biológica es importante, la misma no es absoluta; por tanto también debe tenerse en cuenta la verdad afectiva y la posesión del estado paterno filial.

Tal es así que una persona tiene derecho a saber las circunstancias de su concepción y nacimiento; a mayor precisión, conocer – entre otros – si fue concebido de forma natural, si fue concebido a través de prácticas de reproducción asistida, si fue adoptado, conocer a sus padres biológicos, etc.

Adicionalmente, cabe señalar que el Perú no existe una norma específica que consagre el derecho a las personas a conocer su identidad biológica y que brinde un adecuado tratamiento al derecho a la identidad biológica de las personas concebidas a través de técnicas de reproducción asistida; si no que por el contrario, existen disposiciones del Código Civil que colisionan con el inciso 1 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú que reconoce el derecho de toda persona a la identidad.

Tal situación viene generando que la Corte Suprema de la República inaplique los dispositivos previamente referidos, estimando que sobre los mismos prima la identidad biológica entendida desde el extremo de la identidad dinámica.



## 8. CONTRATO

Desde un punto de vista etimológico la palabra contrato proviene del latín cum y traho, venir en uno, ligarse; que significa, por consiguiente, la relación constituida a base de un acuerdo o convención. En los ordenamientos primitivos el mero acuerdo de voluntades no era un contrato, en el sentido de fuente de las obligaciones, puesto que la voluntad por sí sola no podía crear obligaciones válidas y eficaces. En Roma tuvo gran importancia la distinción entre convención y contrato. La convención o pacto (pactum, conventum) era un mero acuerdo de voluntades que por sí no generaba acción ni vínculo obligatorio. El contrato era la convención que, por ir acompañada de una forma requerida por el Derecho o de una causa reconocida idónea, generaba un vínculo obligatorio.

En la actualidad el concepto de contrato está caracterizado por dos notas, según lo desarrolla Federico Arnau<sup>74</sup>:

1. *Constituye una categoría abstracta o genérica, que a su vez engloba a toda una serie de categorías particulares (contrato de compraventa, de permuta, etc.). En Roma no existía la categoría general del contrato sino toda una serie de categorías singulares.*
2. *Tiene como “base o fundamento el pacto o convención, es decir, el acuerdo de voluntades, mientras que la forma tiene un valor secundario”.*

Ahora bien, el contrato ha sido definido por Manuel Albaladejo<sup>75</sup> como un término bidimensional, de la siguiente manera “El término “contrato” se utiliza en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. El primero, significa negocio jurídico bilateral (o plurilateral), consistente esencialmente en un acuerdo de voluntades de las partes que lo celebran, en el que se regula jurídicamente una cuestión y del que se derivan cualesquiera efectos jurídicos. En tal sentido, contrato es sinónimo de convenio o convención jurídica, y el campo en que puede darse es el de todo el derecho civil. En el segundo sentido, o sentido estricto, el término “contrato” se reduce al campo del derecho de obligaciones, significando acuerdo de voluntades de dos más partes por el que se crean, modifican o extinguen obligaciones.”

---

<sup>74</sup> Arnau, Federico (2009). Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos, Editorial Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, España, p. 132

Página consultada el 07 de julio de 2019

Disponble en:

<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/24163/s7.pdf?sequence=6&isAllowed=y>

<sup>75</sup> Albaladejo, Manuel (2011): Compendio de Derecho Civil, Volumen 1, Décimo Cuarta Edición, Editorial Dykinson, p. 191.

Según dicha definición, en su aspecto más amplio, comprende también lo que se conoce como negocio jurídico o, según el autor, lo que se llama convenio.

El mismo autor, Manuel Albaladejo<sup>76</sup>, sigue desarrollando que no existiría pues una diferencia de género y especie entre convenio y contrato, tal como lo habrían definido Planiol y Ripert, sino una suerte de contenido común por lo tanto, la distinción sólo se centraría en la extensión de su aplicación y no en su definición misma, ya que en el sentido más estricto del término, contrato significa creación de obligaciones y en el sentido más lato, es cualquier acuerdo de voluntades.

Así también tenemos, siguiendo el pensamiento de Aníbal Torres<sup>77</sup>, que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial; por tanto se trata de la manifestación más importante del acto jurídico patrimonial. Y, por ello dicho acto permite la satisfacción de nuestras múltiples necesidades, como alimentación, vestido, vivienda, educación, salud, recreación, etcétera, solamente es posible mediante el contrato. Finalmente concluye señalando que en el mundo moderno es imposible nuestra existencia sin contratar.

El contrato es una de las fuentes de las obligaciones; algunos doctrinarios la consideran como la más importante de todas las que el legislador reconoce: la ley, declaración unilateral de voluntad. Sin embargo, la inmensa mayoría de las obligaciones tienen su origen en el contrato por lo que su estudio es de suma utilidad.

El contrato se manifiesta como el gran instrumento para la circulación de los bienes y los servicios. En las diversas esferas patrimoniales se establecen vínculos, relaciones de crédito y deuda, de dar y de hacer, que tienen su origen en la voluntad de los propios interesados. El principio de la autonomía de la voluntad preside todo el desarrollo de la vida contractual y concede a los individuos por lo menos hasta la época presente un amplio margen de actuación.

El contrato, es un medio de satisfacciones económicas que, como todas las instituciones fundamentales, quedan articuladas en la sociedad para el bien común. También se ha considerado al contrato como el acuerdo de un vínculo obligatorio que se ha sometido a revisión últimamente. Hoy día, en efecto se entiende que el contrato puede ir dirigido no

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>77</sup> Torres, Aníbal. (2007): *Rescisión y Resolución del Contrato*, Artículo en Versión Digital, p. 1  
Página consultada el 07 de julio de 2019  
Disponible en <https://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>

solo a la creación de ese vínculo obligatorio sino también a la modificación o extinción del mismo<sup>78</sup>.

## 9. FIN LÍCITO DE LOS CONTRATOS

Según el inciso 4° del Artículo 219° del Código Civil, el acto jurídico será nulo cuando su fin sea ilícito. Esta disposición guarda armonía con el inciso 3° del artículo 140° que señala que para la validez del acto jurídico se requiere un fin lícito.

Pues bien, en este caso, y al igual que con la causal anteriormente estudiada, para poder determinar el alcance de esta nueva causal de nulidad, deberemos conocer a ciencia cierta cuál es el concepto de "fin" incorporado en el nuevo Código Civil.

Como el Código Civil no contiene una definición de fin, que tampoco hubiera podido estar presente, tenemos que recurrir a la doctrina para conocer el significado de dicha expresión, y observaremos que la palabra fin en Derecho Civil, específicamente en materia de negocios jurídicos y de contratos, está vinculada necesariamente al concepto de causa.

¿Qué cosa señala la Doctrina de la Causa respecto a la naturaleza de este Elemento del Negocio Jurídico? La Doctrina Causalista no da una respuesta uniforme para determinar el significado de la causa como elemento del Negocio Jurídico, pues existen una serie de teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de dicho elemento, según la diversidad de sistemas causalistas existentes. Siendo ésto así, tendremos que analizar brevemente cada una de las diferentes teorías sobre la Causa que se han elaborado en los distintos sistemas causalistas. Estas teorías pueden ser agrupadas en cuatro grandes rubros.

Dentro del primero que podríamos calificar de Teorías Subjetivas, encontramos, en primer lugar, la Teoría Clásica de la Causa, todavía vigente en la actualidad en Francia, y que fuera elaborada por los primeros comentaristas del Código Civil Francés. Sin embargo, totalmente dejada de lado en la actualidad en el resto de los países con Sistemas Jurídicos Causalistas. Según esta Teoría Clásica la causa es el fin inmediato y directo por el cual el deudor asume su obligación, tratándose siempre del mismo fin, según se esté frente a un Contrato Sinalagmático, a un Contrato Real y/o a un Contrato a Título Gratuito. En otras palabras, según esta primera teoría sobre la causa, aun cuando ella es

---

<sup>78</sup> Cifuentes, Rebeca (2013). Tesis denominada Consentimiento como Elemento Esencial de los Contratos Civiles, Universidad Rafael Landivar, Guatemala, p. 01.

un móvil o motivo, se trata de un móvil abstracto, que es siempre idéntico en todos los contratos de una misma naturaleza, a diferencia del motivo en sentido estricto, que es distinto en cada tipo de contrato, según sean distintas las partes contratantes.

La segunda Teoría Subjetiva elaborada por Josseland, en base a los repertorios de la Jurisprudencia Francesa de su época y denominada "Teoría Neocausalista", es aquella que señala que la causa ya no es un móvil abstracto, sino el móvil impulsivo y determinado en cada tipo de contrato, según las partes que hayan intervenido. En buena cuenta, esta segunda teoría subjetiva sobre la causa viene a identificar el concepto de causa con el de motivo o móvil concreto que impulsa las partes a contraer sus obligaciones al celebrar un determinado contrato. La razón de ser de esta teoría subjetiva, radicó principalmente en el hecho de que con la formulación sobre la causa elaborada por la teoría clásica era imposible, salvo en el caso de los contratos sinalagmáticos, encontrar un supuesto de causa ilícita, lo cual era perfectamente posible si se entendía que la causa ya no era un móvil abstracto, sino un móvil concreto. Sin embargo, esta tesis subjetiva no logra explicar el concepto de ausencia de causa incorporado en el Código Civil Francés y en los códigos que lo han seguido, ya que hasta un loco actúa siempre determinado por un móvil o motivo. En la actualidad esta teoría no cuenta con casi ningún seguidor, además de su creador y algunos otros como Julien Bonnetcase. A nuestro entender, esta teoría no puede aceptarse, no sólo porque no explica el concepto de ausencia de causa, sino principalmente porque identifica en forma inapropiada la causa con el motivo determinante de la celebración de un contrato.

En tercer lugar, tenemos las teorías objetivas, producto de la Doctrina Italiana, que identifican el concepto de causa con la finalidad objetiva del negocio jurídico que justifica su reconocimiento como tal. Según estas teorías, la causa consiste en la finalidad típica del negocio jurídico, o en su función económica y social, o en su función jurídica, o en la razón económica y jurídica del mismo, etc. Sin embargo, para todas ellas, con independencia de sus distintos matices, la causa consiste siempre en un elemento netamente objetivo, que debe ser examinado desde el punto de vista del ordenamiento positivo y perfectamente distinguible de los motivos de las partes. Todas estas teorías objetivas, y principalmente la que ve en la causa la función económica y social del negocio jurídico que justifica su reconocimiento como tal, son las predominantes en la actualidad.

Sin embargo, así como las teorías subjetivas, principalmente la neocausalista no llega a explicar satisfactoriamente el concepto de ausencia de causa, las teorías objetivas por su parte se ven imposibilitadas de justificar el concepto de causa ilícita, dada la perfecta distinción entre la causa y los motivos, de forma tal que se ha llegado a pensar que en algunos supuestos, es necesario tener en consideración los motivos de las partes, cuando ellos son ilícitos, a fin de poder dar un contenido al concepto de causa ilícita.

Por ello, determinados autores causalistas han optado por una visión dual de la causa del negocio jurídico, entendiendo que la causa es objetiva cuando se trata de determinar el valor de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, y que la causa es subjetiva cuando se trata de conocer el concepto de causa ilícita, de forma tal que para este tercer grupo de autores habrían dos conceptos de causa, uno objetivo netamente separado de los motivos, y otro subjetivo que identifica el concepto de causa y el motivo.

Sin embargo, y en vista que todas las teorías anteriormente expuestas sobre la causa, no han resultado satisfactorias para explicar el concepto de causa incorporado en los Códigos Civiles, que sancionan con nulidad los contratos que no tengan causa, o en los que la causa exista, pero sea ilícita, un buen número de civilistas modernos han establecido que la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto: un aspecto objetivo que es idéntico al que le dan a la causa las teorías objetivas italianas, y un aspecto netamente subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

Así considerando lo previamente expuesto; a entender de Lizardo Taboada<sup>79</sup>, esta cuarta posición teórica es la más adecuada para comprender a cabalidad el rol de “la causa como Elemento de los Negocios Jurídicos.

Para Espinoza<sup>80</sup>, el fin lícito, es el modelo diseñado por el legislador civil que nos explica y consiste en la orientación de la manifestación de voluntad, para que produzca efectos jurídicos, vale decir, a la creación de una relación jurídica y normarla, es decir, también normar su regulación, su modificación, o su extinción. Este requisito del acto jurídico simple y llanamente debe de cumplir con el ordenamiento jurídico, con lo establecido

---

<sup>79</sup> Taboada, Lizardo (1988). Causales de nulidad del acto jurídico. Revista Themis, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 71-76., p. 75-76

Página web consultada el 07 de julio de 2019

Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237>

<sup>80</sup> Espinoza Espinoza, Juan, Op. Cit. p. 348-350.

por él, estar dentro de los lineamientos y parámetros de éste, y no debe de estar prohibido, es decir, “la causa es lícita cuando no es contraria a ley, a las normas colectivas, al orden público y a las buenas costumbres”. Esto, para que, la manifestación de voluntad declarada por las partes pueda válida y lícitamente producir efectos jurídicos. Además, se dé el resultado buscado por las partes o por el negocio jurídico, esa es la razón de ser y la naturaleza de este requisito. Contrario a esto, estamos en una situación de ilicitud o de antijuridicidad del fin que orienta la declaración de voluntad, por lo tanto, se estaría dentro de una situación de nulidad absoluta, regulada en el artículo 219, inciso 4 del C.C.

Traemos a colación el trabajo denominado “Efectos de la Legitimación Contractual como uno de los requisitos de validez del Acto Jurídico en el Código Civil Peruano, 2016” elaborado por el Dr. Raúl Quico<sup>81</sup>, en el que respecto a licitud e ilicitud refiere que una jurisprudencia lo explica muy bien y que se debe de entender por ella: Lo ilícito es aquello contrario a derecho.

Asimismo, desarrolla que en la antijuridicidad, también denominada por algunos autores del derecho moderno hecho ilícito, existe una primera posición que asimila los términos lícito y legal, afirmando que es lícito todo lo que no está prohibido expresamente por la ley, e ilícito lo que ella prohíbe. Otra posición, bajo una concepción más amplia, entiende por ilícito lo que excede el simple y limitado desacuerdo con la ley positiva. Sin embargo, hay hecho que la ley no prohíbe pero que son ilícitos. No basta que un acto no esté prohibido expresamente por la ley, para afirmar su carácter de lícito. La ley no señala un criterio exacto de ilicitud, pero fija las siguientes Obligaciones: abstenerse de toda violencia tanto a las cosas como a las personas, abstenerse de todo fraude (acto irregular y doloso destinado a perjudicar a otra persona); abstenerse de todo acto que exija cierta fuerza o habilidad que no es poseído en el grado requerido; y, ejercer una vigilancia suficiente sobre las cosas peligrosas que se poseen, o personas que están bajo su guarda.

---

<sup>81</sup> Quico, Raúl (2017). Efectos de la Legitimación Contractual como uno de los requisitos de Validez del Acto Jurídico en el Código Civil Peruano. 2016: Universidad Nacional de San Agustín, p. 37-38.

## 10. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

- Aguilar<sup>82</sup> sostiene que las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) son *“mecanismos que se usan para poder de algún modo suplir la infertilidad de quien lo padece para que se le otorgue la posibilidad de tener su descendencia”*
- Luna<sup>83</sup> señala que *“son TERAS los métodos o procesos que se usan para reemplazar o colaborar con la reproducción de la especie humana”*
- Torres Maldonado<sup>84</sup> indica que las TERAS son *“procedimientos que actúan directamente en los gametos con el propósito de realizar la fecundación y transferir o depositar los embriones en la cavidad uterina femenina”*
- Varsi<sup>85</sup> señala que este conjunto de técnicas de reproducción 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”*.

## 11. MATERNIDAD SUBROGADA

### 11.1. Definición

Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto.

Es así que denominamos como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación pos sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la

---

<sup>82</sup> Aguilar, B. (2017): Ausencia de Normas sobre Maternidad Asistida generan Problema, Urge Normatividad, Revista Actualidad Civil, Numero 36, junio 2017, Instituto Pacífico, Lima, p. 03.

<sup>83</sup> Luna, F. (2008): Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, p. 45.

<sup>84</sup> Torres, M. (2017): Maternidad Subrogada, Cuando la Condición de Madre Gestante y Biológica No Coinciden, Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 48, junio de 2017, Gaceta Jurídica, Lima, p. 7.

<sup>85</sup> Varsi, E. (2017): Determinación de la Maternidad por Técnicas de Reproducción Asistida, Revista Actualidad Civil. Número 34, abril 2017, Instituto Pacífico, Lima, p. 3.

maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos.

Esta posibilidad de engendrar hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, supone un proceso complejo, no solo en el campo médico, sino sobre todo en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural, lo cual, según Ruiz<sup>86</sup> explica en parte lo complicado que resulta encontrar un solo nombre que defina dicha práctica; asimismo añade que los intentos para unificar la nomenclatura no parecen dejar contentos a todos y se siguen postulando maneras de nombrar esta nueva, o para algunos, no tan nueva forma de traer niños al mundo; de hecho han llegado a revelar 17 nombres en español para referirse a la maternidad subrogada; como es: alquiler de vientre, alquiler de útero, arriendo de útero, Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, Gestación por Sustitución, Gestación Subrogada, Maternidad Suplente, Maternidad de Alquiler.

Lamm<sup>87</sup> por su parte, considera que el término más apropiado para definir dicha práctica es el de gestación por sustitución y sostiene que se inclina por la denominación gestación por sustitución en virtud de que la mujer actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo.

Por otro lado, siguiendo a Sánchez<sup>88</sup> tenemos que la gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entrega al recién nacido al comitente o

---

<sup>86</sup> Ruiz, Rocío (2013): Maternidad Subrogada, Revisión Bibliográfica, Trabajo de fin de grado, Departamento de Enfermería, Universidad de Cantabria, España, p. 4.

Página web consultada el 07 de julio de 2019

Disponible en:

<http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>

<sup>87</sup> Lamm, Eleonora (2012): Gestación por Sustitución, Revista y Derecho. InDret Revista para el análisis, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina, p. 4.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

[http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)

<sup>88</sup> Sánchez, Rafael (2010): La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos Y Jurídicos, Revista Humanidades Médicas N° 49, España, p. 8.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: <http://www.iatros.es/wp-content/uploads/humanitas/materiales/TM49.pdf>

comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales

Este aspecto – añade la citada autora – constituyen una omisión importante debido a que si la mujer que gestó al niño en favor de otra, está casada o mantiene una relación de convivencia con su pareja, la sola existencia de este vínculo convierte al esposo de la mujer gestante (madre subrogada) en el padre legal del niño, lo cual le otorga el derecho de poder reclamarlo si así lo deseara.

En este punto es necesario destacar otro componente, que si bien está estrechamente relacionado al anterior (estado civil y características de las mujeres intervinientes) podría ser incluso más revelador para la comprensión y precisión del concepto de maternidad subrogada. Se trata de la relación entre la titularidad del material genético y el útero que lo gesta.

Desde el punto de vista de Arámbula<sup>89</sup>, no sería correcta la denominación de maternidad subrogada en aquellos casos en los que la mujer gestante concede, no solo su vientre, sino también aporta sus óvulos para la gestación de un niño en favor de otra mujer o de una pareja. Así la autora señala que “en este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen – la maternidad por cuenta de terceros – es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos y no puede sustituir a quien en realidad no lo es”.

De manera que, la verdadera subrogación (maternidad subrogada propiamente dicha) presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

En consecuencia, la mujer que es inseminada con el semen del esposo o pareja de la mujer subrogante y que contribuye además con sus propios óvulos para lograr un embarazo, no debiera ser considerada madre subrogada, ya que al ser ella titular del material genético que gestará en su vientre es, a la vez, madre genética y madre

---

<sup>89</sup> Arámbula, Alma (2008): Maternidad Subrogada por Sustitución en la Gestación. Problemas En la Determinación de la Filiación: Alternativas Y Propuestas, Revista Ubi Societas Ibi Ius N° 02, Mayo-2009. Revista editada por alumnos de la Universidad Nacional de Trujillo, p.45.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://aboutderecho.blogspot.com>

gestacional, condiciones que según lo expuesto anteriormente, no se ajustan al concepto de subrogación.

No obstante este deslinde conceptual, la definición de maternidad subrogada en la literatura jurídica y académica que trata dicha materia es general, es decir: comprende, tanto a la mujer que es madre genética y gestacional a la vez, como a la madre únicamente gestacional. La delimitación entre uno y otro caso se explica más bien a partir de las modalidades subrogadas.

Sobre el tema, Scoltti<sup>90</sup> refiere que *“la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial. En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente a la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad, parentesco o una donante anónima”*

## 11.2. Marco Normativo – Legislación Comparada

En el ámbito internacional existe poca homogeneidad en el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

Conforme establece Lamm<sup>91</sup>, en el derecho comparado se distinguen tres posturas sobre dicha materia, éstas son:

- a) Prohibición de la gestación por sustitución
  - b) La admisión solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones
  - c) La admisión amplia
- Primera Postura: Prohibición de la gestación por sustitución

---

<sup>90</sup> Scotti, Luciana (2012): El Reconocimiento Extraterritorial de la Maternidad Subrogada, Una Realidad Colmada de Interrogantes Sin Respuestas Jurídicas, Revista Pensar en Derecho, N° 01, Año 01, Argentina, p. 275

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>.

<sup>91</sup> Lamm, Eleonora, Op. Cit., p. 11.

El marco normativo de los países que sostienen esta postura prohíbe y declara nulos todos aquellos acuerdos de gestación por sustitución. Es así que en países como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o España, el común denominador jurídico es el de la prohibición y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

A mayor detalle se tiene el siguiente cuadro<sup>92</sup>:

País	Norma	Texto de la norma
Alemania	Ley de Protección del Embrión 745/90 del 13.12.1990	Dicha ley en su artículo 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción establece: “1.Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el ovulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo (...) 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”
España	Ley 14/2006 (26.05.2006) sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida	Artículo 10º: Gestación por sustitución 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.
Suiza	Constitución Federal de la Confederación	Artículo 119º: Reproducción asistida por la medicina e ingeniería genética en los seres humanos (...) 2. La Confederación elaborará la normativa sobre la utilización del patrimonio genético y embrionario humano; de esta manera velará por asegurar la protección de la dignidad humana, de

<sup>92</sup> Extraído del el Informe de Investigación N° 71/2014-2015 (2014) elaborado por el Especialista Parlamentario Himilce Estrada Mora, Lima, p. 10  
Página web consultada el 07 de julio de 2019.  
Disponble en:  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/\\$FILE/LE/265\\_INFIVES71\\_2014\\_2015\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/$FILE/LE/265_INFIVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)

		la personalidad y de la familia y se guiará especialmente según los siguientes principios: (...) d. Se prohíbe la donación de embriones, así como todas las formas de maternidad de sustitución”
--	--	--

- Segunda Postura: Admisión, solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones

Los países que sustentan esta postura admiten la maternidad subrogada en aquellos casos que no impliquen contratos y/o intercambios comerciales, es decir únicamente en situaciones con fines altruistas. No obstante ello, existen requisitos y condiciones específicas para declarar aceptable esta práctica.

Esta postura se divide a su vez en dos grupos:

- a) El primer grupo regula el proceso de pre aprobación de los acuerdos de maternidad subrogada. Ello quiere decir que previamente a la realización de cualquier tratamiento médico que suponga la subrogación materna con un fin altruista, el caso debe ser evaluado y aprobado por un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) especial constituido específicamente para dicho proceso.

Así tenemos<sup>93</sup>:

País	Norma	Texto de la norma
Israel	Ley 5746 de 1996 Sobre acuerdos de gestación por sustitución	Esta ley desarrolla un proceso de maternidad subrogada basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, no obstante para que ello proceda se deberá contar previamente con la aprobación del Comité gubernamental el cual validará o no el cumplimiento de los requisitos exigidos a las partes. Lamm <sup>94</sup> describe los requisitos estipulados en la citada ley de la siguiente manera: 1. Los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre

<sup>93</sup> Extraído del el Informe de Investigación N° 71/2014-2015 (2014) elaborado por el Especialista Parlamentario Himilce Estrada Mora, Lima, p. 12  
Página web consultada el 07 de julio de 2019.  
Disponibile en:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/\\$FILE/265\\_INFINVES71\\_2014\\_2015\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)

<sup>94</sup> Lamm, Eleonora, Op. Cit., p. 12.

		<ol style="list-style-type: none"> <li>2. La comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación</li> <li>3. Los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer y espermatozoides del padre comitente</li> <li>4. La gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente</li> <li>5. La gestante debe ser soltera, aunque el comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera</li> <li>6. La gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado</li> <li>7. El Acuerdo debe ser aprobado por un Comité</li> </ol> <p>Asimismo, la ley prevé que la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal examine la existencia de circunstancias que justifiquen tal acción, y solo si se prueba ante el tribunal que se trata del interés superior del niño.</p> <p>De otro lado, la ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de subrogación realizados en Israel, sin embargo no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial.</p>
Grecia	Ley 3089/2002 y 3305-2005	<p>Si bien estas dos leyes regulan la maternidad subrogada en Grecia, la Ley 3089/2002 sobre asistencia médica en la reproducción humana es la que precisa acerca de los requisitos a los que se encuentran sometidas las partes y que posteriormente fueron incorporados al Código Civil en los siguientes términos:</p> <p>Artículo 1458º: La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará así como su cónyuge, cuando ella sea casada.</p> <p>La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se</p>

		<p>preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.</p> <p>Artículo 1459°: Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico antes del comienzo de la asistencia médica que los gametos congelados o los embriones congelados que no les sirvan a la procreación.</p>
--	--	--

- b) El segundo grupo norma aquellos acuerdos de maternidad subrogada ex post facto, es decir; el procedimiento centra su atención en la transferencia de la filiación post parto. Ello supone viabilizar la paternidad legal del niño recién nacido en favor de los comitentes (padres contratantes) como resultado de dicho acuerdo.

País	Norma	Texto de la norma
Reino Unido	<p>Surrogacy Arrangements Act 1985</p> <p>Human Fertilisation and Embryology Act 2008</p>	<p>La Surrogacy Arrangements Act sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial que tenga como finalidad la adopción de acuerdos de maternidad subrogada. Esta práctica es legal siempre y cuando sea gratuita, a título benévolo y sin intermediarios. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los comitentes o padres intencionales si estos lo solicitan ante los tribunales. En la medida que se cumplan los requisitos establecidos por ley, el juez inglés podrá disponer la filiación del niño respecto de los padres intencionales a través de una parental orden que transfiere la filiación inicialmente establecida con relación a la madre gestante y a los comitentes. Se elaboraran así dos actas o certificados de nacimiento. En uno la madre que da a luz es la figura como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento, esta vez, en favor de los padres intencionales.</p> <p>La Human Fertilisation and Embryology Act, que entró en vigencia el 1 de abril de 2009, mantiene los mismos principios que la norma precedente; sin embargo, amplía la posibilidad de que se establezca la</p>

	filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.
--	---

De lo expuesto en ambos grupos se puede advertir que la regulación contemplada en el primero de ellos prevé un proceso de mayor rigurosidad en cuanto al cumplimiento estricto de los requisitos a los que se someten las partes antes del procedimiento de subrogación materna. Este sistema de evaluación anticipada es más radical y protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer y si bien no garantiza la inexistencia de futuras controversias, por lo menos las restringe o las hace más manejables.

Por su parte el sistema de control aplicado al segundo grupo pone énfasis en el procedimiento posterior al nacimiento del menor con el objeto de legitimar la filiación en favor de los padres solicitantes, sin embargo, le otorga a la madre gestante la facultad de definir el curso del acuerdo una vez nacido el menor. Es decir; si se someterá al acuerdo conforme lo pactado desde un inicio o si decidió arrepentirse y adoptará medidas propias en relación con el niño que llevó en su vientre.

- Tercera Postura: Admisión Amplia

Los países que sostienen esta postura consideran la maternidad subrogada como una práctica legal. Entre ellos destacan Georgia, Ucrania, India, Rusia, algunos estados de los Estados Unidos, Mexico, entre otros.

País	Norma	Texto de la norma
México – Estado de Tabasco	Código Civil – Estado de Tabasco	<p>Artículo 92: Deber de reconocer al hijo (...)</p> <p>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.</p> <p>(...)</p> <p>Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.</p>
Rusia	Código de Familia de la Federación Rúsica Ley Federal de Salud	<p>Un extracto del Código de Familia que en su artículo 51 punto 4 dice:</p> <p>Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la fecundación in vitro o la implantación del embrión se inscribirán en el Libro de Nacimiento como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los conyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gaste, solo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que haya gestado.</p>
	Orden 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia	<p>Los parámetros que regulan la maternidad subrogada en Rusia se encuentran en la Orden 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia. Las mujeres consideradas aptas para este procedimiento deben tener una edad de entre 20 y 35 años; tener un hijo propio, tener una buena salud psíquica y somática y haber consentido voluntariamente su participación en dicho procedimiento. Solo se admite la gestación por sustitución gestacional, la cual – en principio – sería para una pareja conyugal, es decir debía tratarse de un matrimonio. Sin embargo, en la práctica este aspecto se ha modificado ampliándose el estado civil del beneficiario.</p>

### 11.3. Argumentos en favor de la Maternidad Subrogada<sup>95</sup>

- La maternidad subrogada es una técnica basada en la manifestación de la voluntad de los adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin afectar ni lesionar a terceras personas, debido a ello no puede señalarse ni objetarse a las personas que la emplean ni a la técnica mencionada.
- Los que participan y son empleados se suelen favorecer de la misma: el infante que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la técnica no se hubiera efectuado y encuentra una familia que lo reciba con mucho afecto y desean, los padres así lograrán acceder a la paternidad y poder otorgar amor y los cuidados a su hijo y la mujer que prestó su vientre tendrá los deseos de ayuda a que otros puedan lograr tal sueño de ser madre.

### 11.4. Argumentos en contra de la Maternidad Subrogada<sup>96</sup>

- La maternidad es un proceso de manera natural donde se incorpora variables que desnaturalicen tal proceso, haciéndolo inaceptable moralmente
- Al utilizar el cuerpo de una mujer como medio para que se obtenga un hijo, es inmoral, siendo una forma de explotación de la mujer
- El valor dinerario por tal acto mercantiliza a las mujeres y los hijos no serán un medio para la obtención de otras cosas
- Los hijos que nacen bajo tales hechos pueden sufrir consecuencias sociales y psicológicas
- Resulta inmoral que se traiga a un niño a este mundo teniendo en cuenta que hay muchos niños por adoptar.

### 11.5. Maternidad Subrogada en el Perú

En el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula o para admitirla.

La Ley N° 26842 (Ley General de Salud) en su artículo 7° establece una prohibición tácita respecto de la práctica de Maternidad Subrogada en los siguientes términos:

<sup>95</sup> Varsi, E. (2001): Derecho Genético, Editorial Grijley, Lima, p. 476.

<sup>96</sup> Camacho, J. (2009): Maternidad Subrogada: Una Práctica Moralmente Aceptable, Análisis Crítico De las Argumentaciones de sus Detractores, Versión Digital. p. 6

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>

*“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 en la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”*

Asimismo, según Jiménez<sup>97</sup> en el Código Civil peruano “en materia de filiación se encuentra desfasado. Se sustenta en la concepción clásica romanista “Mater Semper Certa Est” (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbra”.

No obstante tal escenario, la maternidad subrogada es una práctica real en el Perú que ha sido puesta en evidencia, principalmente, a través de fuentes periodísticas. Es así como en el año 2006 un canal de televisión española difundió el reportaje periodístico denominado “Organización que se anuncia en internet contacta a extranjeros para ofrecer a jóvenes peruanas como incubadoras vivientes”<sup>98</sup> y publicado en el diario La República el día 13 de diciembre de 2006, en el cual se habla de una red de profesionales médicos y personas encargadas de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora.

Si bien el reportaje revela la forma clandestina e ilegal con la que actúan estas personas expone también la participación de clínicas reconocidas en el manejo de técnicas de reproducción asistida.

Esta situación, por lo tanto, pone al descubierto una realidad que se viene dando al margen de lo establecido en la regulación nacional o para ser más precisos, que se da más bien por la ausencia de regulación expresa al respecto.

Con relación a lo expuesto es posible advertir que en tanto se trasladan al ámbito judicial las controversias suscitadas por incumplimiento de los compromisos entre las partes involucradas (comitentes y mujer gestante) con el objeto de encontrar una solución jurídica al problema, es precisamente cuando se constata el vacío legal en

---

<sup>97</sup> Jiménez, Diógenes: Legalización de la Contratación de Alquiler de Vientre con Subrogación Materna en el Perú, In Crescendo, Revista Científica de la Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote, Vol. 1, N° 2, p. 356.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: [HTTP://REVISTAS.CONCYTEC.GOB.PE/PDF/INCRES/V1N2/A13V1N2.PDF](http://REVISTAS.CONCYTEC.GOB.PE/PDF/INCRES/V1N2/A13V1N2.PDF)

<sup>98</sup> Reportaje periodístico publicado por el diario La República, edición del 13 de diciembre de 2006 (<http://www.larepublica.pe/13-12-2006/canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima>)

dicha materia, razón por la cual el camino obligado es la búsqueda de subterfugios legales que permitan encontrar la mejor solución, más aun cuando de por medio está la vida y el futuro de un menor.

Es importante referir que en octubre del año 2013, se presentó en el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 2839-2013-CR que tiene como finalidad modificar el Artículo 7° de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, e incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista, conforme al siguiente texto: *“La maternidad sustituta parcial y altruista se realizará con el aporte del material genético femenino y con el gameto masculino para la concepción de su propio hijo, cuyo embrión será implantado en el vientre de la mujer que aceptará de manera altruista la gestación del nuevo ser”*.

De lo expresado y frente a un escenario en el que se evidencia no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino sobre todo, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de conflictos derivados de esta práctica, resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordene esta realidad.

## **12. NATURALEZA DEL ACUERDO ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Una importante cuestión a valorarse es la naturaleza del convenio entre los sujetos que intervienen en la maternidad subrogada, para determinar su posible validez y eficacia. Si bien se advierte que la mayoría de las legislaciones proclaman su nulidad, hay algunos ordenamientos jurídicos que se han preferido aceptarlos y regularlos aunque siempre con limitaciones, evitando que se transforme en un opción común alternativa al embarazo y por la cual se pague un precio.

Allí donde se admite esta práctica, se entiende como un contrato que tiene, como todos los negocios jurídicos de su especie, su eje principal en el consentimiento, que además de cumplir con todos los requisitos que normalmente se exigen para su validez, debe ser suficientemente informado, especialmente en cuanto a sus consecuencias respecto a la filiación. La norma se encarga de establecer las características personales que deben tener quienes pueden intervenir como partes en el contrato, cuáles serán sus prestaciones respectivas y qué obligaciones asumen. El consentimiento debe prestarse antes de la

aplicación de la técnica y debe ser irrevocable una vez iniciada ésta y conseguido el embarazo en la mujer portadora de la gestación.

Donde el legislador rechaza la maternidad subrogada, se ha considerado como principio general que estos contratos están prohibidos por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres, que son además inmorales porque atentan contra la dignidad de las mujeres, contra la libertad y la autonomía porque estas no consienten libremente, que su práctica implica una manipulación del cuerpo femenino y una forma de explotación, importando una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un “mero ambiente” o “incubadora humana” para el hijo de otro. Además tendrían por objeto la entrega de un niño, lo que constituye un objeto ilícito, de modo que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. De celebrarse en contra de la prohibición legal, se considerarían absolutamente nulos.

A pesar de ello, la sanción de nulidad del contrato deja sin resolver medulares cuestiones, especialmente aquellas relativas a la filiación del niño, que han sido resueltas de diversos modos por la jurisprudencia.

Las Cortes americanas han sido más proclives a la admisión de estos contratos, sobre todo cuando la gestación se lleva a cabo por una mujer que no aporta su material genético. En este contexto, cabe mencionar al caso “Johnson vs. Calvert” resuelto por la Corte Suprema de California en el año 1993, caso considerado señero en esta sede por las consideraciones que se ofrecieron para admitir la validez del convenio.

En este caso, la Corte entendió que “no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada”, por cuanto:

- Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar al niño y al someterse a las labores de partes, antes que compensarla por renunciar a su derecho de madre respecto del niño.
- No se establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.

- No explota la condición de las mujeres de menos recurso en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general, al inducirla a aceptar los empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.
- No considera a los niños mercancía
- Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee
- Estos contratos no afectan al interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.
- La maternidad se establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención.

En sentido contrario, la nulidad de los convenios y de la adopción posterior fue establecida en el fallo plenario de la Corte de Casación Francesa en mayo de 1991, al anular una sentencia de la Corte de París que había dado lugar a una adopción, particular que es repetido por la jurisprudencia posterior.

Los fundamentos dados en el fallo plenario de la Corte de Casación para anular la decisión de la Corte de París fueron:

- La convención por la cual una mujer se compromete, aún a título gratuito, a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano, así como el de la disponibilidad del Estado de las personas.
- La adopción es la última fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptado.

Esta posición, mantenida posteriormente por otros fallos franceses y de otros países europeos, ha sido fustigada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (26.06.2014); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia por negarse a reconocer el vínculo de filiación entre unos niños nacidos a través de gestación subrogada en los Estados Unidos y sus padres y madres de intención, de nacionalidad francesa.

## 13. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

### 13.1. Aspectos preliminares

La noción actual de derechos humanos se erige sobre la idea central de considerar que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Así, el reconocimiento jurídico de la dignidad humana, el respeto a los atributos y cualidades intrínsecas de todas las personas, es la base para también reconocer, en virtud del propio principio de igualdad, la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, ya sea porque en forma discriminatoria se les ha privado de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección, entre los cuales están los niños. Indudablemente, tratar como iguales a los desiguales sería a todas luces injusto, de modo que se impone la necesidad de advertir de qué modo los menores deben ser efectivamente protegidos en el goce de sus derechos.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico – jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

El principio del interés superior del niño o niña, también conocido como el interés superior del menor, enarbolado por la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se integra por un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible a niñas y niños.

Con este principio se trata de garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños procurando que, antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los

conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso de poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Se considera un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento:

- Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- Es un principio, ya que si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales.

Con base a este principio del interés superior del niño se ha pretendido rechazar la práctica de la maternidad subrogada, alegándose que su uso “cosifica” al menor, lo convierte en objeto de un contrato, lo cual atenta contra su dignidad humana.

Empero, por otro lado, se considera que los contratos de gestación por sustitución no tienen por objeto al niño en sí, sino únicamente la prestación del servicio de gestar y alumbrar, atendiendo a la capacidad o aptitud de la madre portadora.

Se trata, claro está, de una prestación muy particular; impensable como práctica hasta hace poco tiempo, que pone en tela de juicio que pone la moral dominante a la que repugna el comercio del cuerpo humano. Sin embargo, más allá de consideraciones éticas sobre ello, si efectivamente se realiza, nace un niño que es persona, titular de los derechos humanos inherentes a tal condición, que debe ser protegido y gozar de igual consideración que los menores que llegan al mundo a través de la concepción natural o mediante la aplicación de otras técnicas de reproducción humana asistida.

En opinión de la Dra. Caridad del Carmen Valdés Díaz<sup>99</sup>, *la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que nace en una familia que lo deseó y*

---

<sup>99</sup> Valdés Díaz, Caridad del Carmen (2014): La Maternidad Subrogada y los Derechos de los Menores Nacidos Mediante el Uso de esas Técnicas, Anuario de la Facultad de Derecho, Vol. N° 31, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, p. 480.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5212185.pdf>

*no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Por el contrario, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución; es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, permitiendo que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente.*

El menor que nace mediante el uso de esta práctica, como se ha encargado de reiterar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene derecho al reconocimiento de su filiación materna y paterna, en su caso, en relación con aquellas personas que tienen la intención de convertirse en sus padres; si nació fuera del país de origen de sus padres, tiene derecho a que se le reconozca la ciudadanía que corresponde a los mismos y migrar de retorno a dicho país de origen; tiene derecho a que se respete su entorno familiar e íntimo; tiene derecho a su identidad, no solo en el sentido antes planteado, sino además en cuanto al conocimiento, cuando posea madurez suficiente para ello, de la forma en que fue concebido y de los orígenes biológicos que posee. Tiene, sobre todo, derecho a una infancia feliz, a una crianza con amor y a una educación que se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. El interés superior del niño exige tomarlo en consideración como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

### **13.2. Definición del Principio del Interés Superior del Niño**

En primer lugar, señalamos que la Ley N° 30466 (Ley que establece Parámetros y Garantías Procesales para la Consideración Primordial del Interés Superior del Niño) define al “Interés Superior del Niño” como “un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos”.

Diego Freedman<sup>100</sup> precisa que *“es un principio garantista que establece el deber de privilegiar los derechos de los niños pertenecientes al “núcleo duro” frente a otros derechos e intereses colectivos. Lo cual implica un deber de privilegio de los*

---

<sup>100</sup> Freedman, Diego (2017): Funciones normativas del interés superior del niño, Jura Gentium, Revista de Filosofía de Derecho Internacional y de la Política Global.  
Página web consultada el 20 de julio de 2019.  
Disponible en: <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>

*derechos fundamentales de los niños en el diseño e implementación de las políticas públicas estatales”.*

Miguel Cillero<sup>101</sup> entiende al Interés Superior del Niño como *“una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o la autoridad de que se trate que ella no constituye soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños”*

Así podemos señalar que el “Interés Superior del Niño” tiene por objetivo la protección de los derechos del niño (como son la identidad, la filiación, al nombre, a la personalidad, etc.) con el objeto de promover su bienestar; por tanto, las autoridades e instituciones privadas deben tener consideración primordial sobre los niños, porque éstos tienen el derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten medidas que promuevan y protejan sus derechos y no que las conculquen; es decir que exista un respeto hacia los menores de edad.

### **13.3. El Interés Superior del Niño: La Satisfacción de sus Derechos**

El interés superior del niño se ve identificado con la plena satisfacción de sus derechos; ya que el contenido de este principio son los derechos e intereses del menor.

Actualmente se debe asumir una postura de abandonar una interpretación paternalista o autoritaria del interés superior; sino que debe armonizarse la utilización de este principio con la concepción de los derechos humanos a fin de evitar abusos de poder.

Por este esquema paternalista, el Juez, legislador u otra autoridad observaba al “interés superior del niño” como un acto potestativo, que quedaba a su criterio y no precisamente a derechos de los afectados; es decir que este esquema se orienta que los niños son personas que por su incapacidad no se les reconoce derechos y en su lugar, son los adultos quienes se dirigen a su protección.

---

<sup>101</sup> Cillero, Miguel: El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, p. 8.

Página web consultada el 21 de julio de 2019.

Disponible en: [http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el\\_interes\\_superior.pdf](http://www.iin.oea.org/IIN/cad/Participacion/pdf/el_interes_superior.pdf)

Esta concepción debe ser abandonada, porque el interés superior es una garantía de la vigencia de los derechos de los menores, es decir que este principio reconoce que los niños son titulares de derecho y las autoridades se encuentran limitadas por tales derechos.

Es decir que siguiendo a Miguel Cillero<sup>102</sup> *“se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados (...) Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos (...) es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención”*

#### **13.4. Aproximaciones al Interés Superior del Niño en la jurisprudencia**

Como hemos venido desarrollando, el interés superior del niño implica satisfacer y garantizar los derechos del menor, es decir la protección integral y simultaneo del desarrollo y calidad de vida del menor.

Bajo tal contexto, la correcta aplicación del principio – como sería en sede judicial – exige un análisis conjunto de los derechos afectados y los que se puedan afectar por la decisión de la autoridad; y, la decisión que vaya a adoptarse debe asegurar la máxima satisfacción de los derechos, haciendo mínima su restricción.

Al respecto, es importante señalar que el Artículo 4° de la Ley N° 30466 establece que toda decisión judicial a adoptar respecto de un menor debe observar las siguientes garantías procesales:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la ley le otorga
- La determinación de los hechos con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño
- La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños

---

<sup>102</sup> *Ibíd*em, p. 10

- La participación de profesionales cualificados
- La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres
- La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño
- Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños
- La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño.

Además el Artículo 5° del mismo cuerpo normativo exige que todos los organismos públicos en todo nivel están obligados a fundamentar sus decisiones con las que se afectan directa o indirectamente a los niños y a los adolescentes.

En ese sentido, el principio del interés superior del niño es indiscutiblemente una guía en la toma de cualquier decisión pública o privada, especialmente en sede judicial; pero, debe tenerse en cuenta que su sola enunciación no constituye una justificación suficiente, sino que debe existir una valoración lógica de todas las pruebas y actuados, para que a partir de ello – y en aplicación del interés superior del niño – el Juzgador utilizando una apreciación razonada adopte la mejor decisión para el menor; reiterando que el solo uso de la frase “el principio del interés superior del niño” no llena el requisito del deber de motivación.

Es conveniente traer a colación el III Pleno Casatorio Civil (Casación N° 4664-2010-Puno), en el cual se establece como precedente vinculante que en los procesos de familia, los principios y normas procesales deben ser flexibilizados, y ello debido a que por la propia naturaleza de dichos procesos, éstos no pueden quedar sujetos a normas estrictas que puedan limitar el rol tuitivo del Juzgador.

Así, junto con el Artículo 4° de la Constitución Política del Perú que prevé que el Estado debe brindar una protección especial al niño y al adolescente; tenemos que el Estado tiene la obligación de proteger al niño (incluyéndose al concebido); es decir que en toda decisión debe observarse el principio del interés superior del niño, teniendo como única exigencia cumplir con una adecuada motivación.

#### **14. ANÁLISIS JURÍDICO CONVENCIONAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Las TERAS fueron, originariamente, la respuesta frente a un problema médico: la infertilidad. Sin embargo, en la actualidad esta concepción es limitada o restrictiva. Sucede que la reproducción asistida representa el medio para que miles de personas y parejas en el mundo logren alcanzar la paternidad por fuera de la noción de infertilidad, es decir, sin problemas de salud de por medio.

En este contexto, las parejas del mismo sexo apelan a estas técnicas para alcanzar la maternidad o paternidad, al igual que las mujeres que desean ser madres sin tener pareja alguna. Como se puede observar, desde la perspectiva obligada de los derechos humanos, la reproducción asistida implica revisar la noción tradicional de familia en singular, la cual es interpelada por la necesidad de referirse a ellas en plural. Esto constituye una deconstrucción profunda en torno a la protección de la familia a la cual se refiere el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En otras palabras, la doctrina especializada en la materia hace tiempo que viene planteando y profundizando el siguiente interrogante: ¿Cuál es el fundamento por el cual se produce este viraje que ha sufrido en los últimos años la perspectiva desde donde edificar toda regulación de estas prácticas médicas? Una vez más aparece en escena el principio de igualdad y no discriminación. No es una patología o una “cuestión de salud” la que está presente en toda situación de reproducción asistida, como acontece cuando se trata de una pareja integrada por dos personas del mismo sexo o en casos de mujeres sin pareja. Aquí es otro el derecho humano comprometido, a saber: el derecho a formar una familia. El alcance del derecho a la vida privada y familiar ostenta una estrecha relación con la autonomía personal y los derechos reproductivos.

Esto sin duda ha desbordado las estructuras jurídicas conocidas hasta el momento, obligando a re pensar y re adecuar los cimientos de un derecho de familia basado en un concepto de familia heterosexual-matrimonial y centrada únicamente en dos fuentes filiales: la filiación por naturaleza y la adoptiva. En este marco, la reproducción asistida coloca en crisis los ordenamientos jurídicos clásicos, fundados en la heteronormatividad y en el binarismo como ejes centrales del derecho filial. De allí la importancia de que las legislaciones más contemporáneas recepten a este tipo de prácticas médicas como un tercer tipo filial con sus propias reglas y caracteres como lo hacen en la región países

como Brasil, Uruguay y de manera más reciente, integral y sistémica, la Argentina en su nuevo Código Civil y Comercial.

Está obligada revisión crítica en torno a la noción de familia en singular ha tenido eco en la jurisprudencia de la CIDH en el resonado caso Atala Rifo vs. Chile, que se retomará en breve para profundizar algunos posibles cimientos de una regulación de las TRHA. En el párrafo 20, la máxima instancia regional en materia de derechos humanos ha expresado de manera clara:

*“En el marco de las sociedades contemporáneas se dan cambios sociales, culturales e institucionales encaminados a desarrollos más incluyentes de todas las opciones de vida de sus ciudadanos, lo cual se evidencia en la aceptación social de parejas interraciales, las madres o padres solteros o las parejas divorciadas, las cuales en otros momentos no habían sido aceptadas por la sociedad. En este sentido, el Derecho y los Estados deben ayudar al avance social, de lo contrario se corre el grave riesgo de legitimar y consolidar distintas formas de discriminación violatorias de los derechos humanos”*

Desde una mirada más actual y comprometida con la idiosincrasia regional, se resalta:

*“El modelo latinoamericano enfatiza un «bios» humano y un «ethos» comunitario. Esta es la razón por la cual la bioética es hoy más un movimiento político o de reforma social que una disciplina académica restringida al dominio de la atención de la salud. En la bioética latinoamericana los principios de solidaridad y justicia juegan el papel central [...] las políticas de salud latinoamericana abrazan el acceso universal al cuidado de la salud y ponen el acento en la justicia distributiva y la equidad en la asignación de recursos para la salud”*

Beneficiarse del progreso científico es otro derecho humano directamente involucrado en las TRHA. El desarrollo, avance y perfeccionamiento de la ciencia produce herramientas y conocimientos para mejorar la calidad de vida de las personas. Ahora bien, establecer principios rectores para el uso de estos avances es la vía adecuada para neutralizar las consecuencias negativas de algunos logros científicos y tecnológicos. La bioética, como disciplina de la ética, intenta compatibilizar estos avances con el respeto por el ser humano y sus derechos humanos fundamentales.

La realidad cotidiana da cuenta de numerosas parejas y personas que han podido alcanzar la maternidad/paternidad gracias al desarrollo de la ciencia. Además, ha permitido mejorar y aumentar la calidad de la salud. Por ejemplo, la técnica del diagnóstico genético preimplantacional (DGP) detecta anomalías en el embrión para evitar que se transmitan a la descendencia o a embriones que se sabe que no tienen capacidad para desarrollarse. O, de manera más actual, el mencionado trasplante de útero que habilita a personas que no pueden gestar para hacerlo.

Voces autorizadas<sup>103</sup> respaldan e impulsan esta postura encaminada a beneficiarse de la ciencia, sin que ello se encuentre supeditado a un impedimento de salud. La Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en el interés de la paz y el beneficio de la humanidad, ha establecido: *Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para que la utilización de los logros de la ciencia y la tecnología contribuya a la realización más plena posible de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o creencias religiosas*

## 15. LOS DERECHOS DE LOS PADRES

### 15.1. El derecho a la vida privada

A su turno, sin abandonar el plano de los conceptos jurídicos indeterminados y siguiendo referencialmente lo expuesto por Nogueira Alcalá quien es citado por Víctor Bazán<sup>104</sup> en su trabajo titulado “El derecho a la Vida Privada y el Derecho a la Libertad de Información en la Doctrina y Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina”, señala que *“el honor objetivo u honra es protegible frente a la intromisión ilegítima –por medio de informaciones inexactas u ofensivas– que viole el buen nombre de la persona o de su familia como consecuencia de la divulgación de aspectos de la vida privada que por su naturaleza afectan su reputación; al tiempo que la vida privada en un círculo o ámbito más profundo lleva al concepto de*

---

<sup>103</sup> Bladilo, Agustina; De la Torre, Natalia; Herrera, Marissa. (2018). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis, Versión Digital, Argentina, p. 6-9.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf>

<sup>104</sup> Bazán, Víctor (2008): El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, Argentina, p. 109.

*intimidad, el que consiste –en la visión del autor citado– en “la facultad de la persona para evitar las injerencias de terceros en el ámbito de su privacidad, salvo la autorización de tal develamiento de la intimidad por el propio afectado”.*

Con todo, mutatis mutandi debemos advertir que desde hace tiempo el concepto de intimidad ha recibido una resignificación dejando de ser visualizada sólo como una libertad negativa, pues –por ejemplo– combinada con el derecho autónomo de autodeterminación informativa (bien jurídico que subyace en la protección que brinda el hábeas data), ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, superándose precisamente aquel corsé inicial como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase activa del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control para la preservación de su libertad informática, espectro en cuyo interior subyace también la nota de exigencia de veracidad y precisión de la información que le concierne<sup>105</sup>.

Establecer un concepto de lo que es la vida privada no es fácil, pues se han dado diversas acepciones y alcances; la principal dificultad es la subjetividad con la que se llena su contenido. Y con elementos subjetivos no es posible construir una concepción única, lógicamente, surgirán criterios dispares, incluso contradictorios.

Por lo expresado, suele señalarse que el concepto de vida privada tiene un carácter relativo porque depende de varias circunstancias; así, por ejemplo, del medio cultural; de la situación en la que se encuentran las personas: si se trata de autoridades, de personas que han descollado en la política, en el deporte, en general quienes han alcanzado notoriedad.

Uno de los puntos de partida ha sido el de diferenciar la vida privada de la vida pública, y con base en esas diferencias determinar lo que sería la vida privada. En un concepto de vida privada entra la vida familiar y la del hogar. El criterio de incluir la honra y la reputación ha sido discutida; algunos (generalmente con criterio civilista) consideran que se trata de otros derechos de la personalidad, como lo son también la imagen, la voz.

---

<sup>105</sup> *Ibídem*, p. 111-112

Si bien la confusión de estos derechos no es adecuada ni ayuda a su comprensión, sin embargo, tampoco se los puede considerar aisladamente como derechos situados en compartimentos estancos (incomunicados entre sí).

Este modo de concebir a los derechos fundamentales –de separar su estudio– no pasa de ser un método didáctico, que debe ser utilizado con cautela.

Desde una óptica propia del Derecho de los Derechos Humanos podemos insistir que no obstante ser derechos diferentes (el honor, la reputación, la imagen, la voz y otros), cada uno con sus características particulares, sin embargo, todos ellos están muy próximos al derecho a la intimidad y/o a la vida privada: lo fortalecen y contribuyen a su efectividad. Existe una complementación, que resulta necesario tenerla en cuenta al pensar en los derechos de la persona.

La idea anterior nos lleva a pensar en una especie de imbricación de los derechos, que se compactan, que se constituyen en soporte mutuo. Esta moderna concepción del Derecho de los Derechos Humanos, desde la perspectiva Constitucional o Internacional, encuentra su fundamento, como ya se dijo, en el principio de la indivisibilidad de los derechos, lo cual conduce también a su interrelación e interdependencia.

En síntesis, el derecho a la vida privada es el derecho de toda persona a vivir su propia vida, en el contexto de su familia y de su hogar; en esta esfera hay un plus que constituye la intimidad. La vida privada se ha extendido a la vida familiar porque la personalidad de un ser humano se expresa desde la infancia en el seno de la familia; y, así como en esta esfera (familiar) se desarrollan relaciones afectivas, éstas también tienen lugar en otro contexto social en donde prima la voluntad de la persona (amistades, vínculos sentimentales).

Para fortalecer el derecho a la vida privada y a su núcleo íntimo se ha desarrollado desde antiguo el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio. Al ordenamiento jurídico de cada país le corresponde establecer determinados límites y para que este derecho sea efectivo, naturalmente, hay que impedir las injerencias arbitrarias y establecer garantías concretas.

También se considera que la protección contra las injerencias de la vida privada permite desarrollar la personalidad. Es en la soledad –o soledad como mencionan muchos autores– que la persona se comunica consigo misma y se encuentra,

desenvuelve su tranquilidad psíquica (paz interior) y se proyecta luego al convivir social (en su trabajo, aspiraciones, etcétera).

La expansión de la personalidad, que comprende el concepto de vida privada –como fue dicho– tiene que ver, en cierta medida, con el derecho de establecer y mantener relaciones con otros seres humanos, especialmente en el dominio afectivo. De aquí se deriva el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, porque a través de la comunicación se intercambian pensamientos y sentimientos.

Contra todo factor que signifique una injerencia o abuso se considera que debe haber protección. Obviamente, *“si hay el consentimiento o la voluntad del agraviado deja de existir la intromisión abusiva; consentimiento que también puede ser tácito, siempre que hayan elementos –o indicios– que demuestren esa aceptación”*<sup>106</sup>.

Una de las acepciones de la voz intimidad que se encuentra en el Diccionario de la Lengua Española, la que queda más próxima a nuestra finalidad, dice así: "Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia."

Aparte de la irregularidad lógica que supone hacer entrar lo definido en la definición como una de las notas de la intimidad, la otra nota define la intimidad por la reserva. Ciertamente es propio de la intimidad la reserva y no el secreto, pero la reserva no es una nota o condición, sino una consecuencia de la intimidad, precisamente la que es necesario justificar. Se puede benévolamente pensar que la definición de la Academia de la Lengua es literal, meramente semántica y lingüística, propia de un diccionario. Pero tampoco nos valen las definiciones que encontramos en otras fuentes de diversa procedencia.

*“La intimidad es el conjunto de contenidos psíquicos en tanto que percibidos como interiores: esto vale tanto como decir que la intimidad prescinde de toda referencia externa”*<sup>107</sup>. Aunque la definición está más desenvuelta psicológicamente, no nos da una noción fundamental o justificativa. Nos dice que la intimidad es algo interior y

---

<sup>106</sup> Salgado, Hernán (2008): El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, Ecuador, p. 73

<sup>107</sup> Desantes, José (1998): El Derecho Fundamental a la Identidad, Centro de Estudios Públicos, CEP, Chile, Versión Digital, p. 272.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46\\_desantes.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46_desantes.pdf)

no externo al hombre, lo que supone una iniciación útil, pero insuficiente para nuestro propósito.

El autor Desantes continúa desarrollando que tampoco se logra más profundidad cuando intentamos utilizar definiciones extraídas de trabajos jurídicos. Unas veces se reducen a identificar la intimidad con el "secreto natural"; otras con la vida privada; otras con la vida psíquica, en oposición a los elementos morfológicos o "fisis" del individuo; otras están más centradas en la reserva, potencial o actual: "Intimo es lo reservado de cada persona, que no es lícito a los demás invadir, ni siquiera con una toma de conocimiento. Forma parte de mi intimidad todo lo que yo puedo lícitamente sustraer al conocimiento de otras personas." También aquí existe confusión entre causa y efecto. Mas el análisis de todas estas ideas nos permite concluir que nos encontramos con abundancia de elementos descriptivos, fenomenológicos o analógicos; pero en ningún caso con elementos justificantes que universalicen una definición válida de intimidad. Al jurista no puede bastarle aceptar simplemente, porque así se hace, el que yo pueda sustraer mi intimidad al conocimiento de los demás. Necesita poder fundamentar tanto esta sustracción voluntaria cuanto la oposición a que alguien la conozca y a que, si alguien la conoce a pesar de estar reservada, pueda difundirla. La definición jurídica ha de constituir, al mismo tiempo, una legitimación.

Es preciso buscar alguna nota definatoria de la intimidad que delimite metodológicamente su noción clara y que, además, justifique el que pueda ser sustraído, jurídica y justamente, al tráfico informativo, hasta tal punto que constituya una excepción válida al principio de generalidad que rige el derecho del mensaje o del objeto del derecho a informar.

Este parece ser el núcleo del problema y esta ha de ser, en última instancia, la piedra de toque de la bondad intrínseca de una noción generalizada de intimidad.

Dice García Morente, quien es citado por José Desantes<sup>108</sup> en su trabajo "El Derecho Fundamental a la Intimidad" que *"la vida privada se desenvuelve en infinitas gradaciones y matices que oscilan entre los dos polos de la absoluta publicidad - cuando la persona desaparece por completo bajo la vestidura social- y la absoluta soledad, en donde la persona vive íntegra y absolutamente su vida auténtica"* y que

---

<sup>108</sup> *Ibíd*em, p. 273-274.

*"el conjunto de la vida privada puede compararse con un cono, en donde la superficie de la base está todavía en contacto con el mundo de las relaciones públicas; pero a medida que los planos van acercándose al vértice y alejándose de la publicidad, van reduciéndose asimismo de extensión, hasta que, llegado al vértice, la vida privada se condensa y concentra en un punto, en la soledad del yo viviente, a la que nadie más que yo mismo puede tener verdadero acceso. Esta cúspide es la intimidad. Siguiendo esta imagen, hay que ver, cualitativamente, en qué consiste este punto en el cual no se debe penetrar, lo que ha de llevar implícito el saber por qué no es lícita la intromisión".*

Pero, vida privada, o privacidad, e intimidad no son lo mismo, aunque tengan un nexo común. Precisamente, este nexo ha sido magistralmente descrito por G. Duby en el prefacio a esa magna obra que es Historia de la vida privada con unas palabras que pueden ser suscritas sin mayores problemas: «Hay un área particular netamente delimitada, asignada a esa parte de la existencia que todos los idiomas denominan como privada, una zona de inmunidad ofrecida al repliegue, al retiro, donde uno puede abandonar las armas y las defensas de las que conviene hallarse provisto cuando se aventura al espacio público, donde uno se distiende, donde uno se encuentra a gusto, "en zapatillas", libre del caparazón con que nos mostramos y protegemos hacia el exterior. Es un lugar familiar, doméstico, secreto, también. En lo privado se encuentra encerrado lo que poseemos de más precioso, lo que sólo le pertenece a uno mismo, lo que no concierne a los demás, lo que no cabe divulgar, ni mostrar, porque es algo demasiado diferente de las apariencias cuya salvaguarda pública exige el honor». No obstante, la fiel y apasionada caracterización de lo privado, la vida privada y la intimidad aparecen, muchas veces, menos como un área o esfera necesitada de protección, como si de un espacio amurallado se tratara, que como un sentimiento de que el conjunto de nuestros actos, nuestras penas y alegrías, nuestros pensamientos, lo que nos concierne, nos es propio y, como tal, es algo móvil y fluctuante. Porque la vida privada y la intimidad son, ante todo, dos categorías históricas y, por tanto, sujetas al devenir de la cultura y de las opiniones e ideas de una comunidad que las usa con un significado específico u otro.

Pero, conviene precisar el sentido de la vida privada y de la palabra intimidad. Sobre ambos recae un buen número de equívocos que interfieren en el conocimiento correcto del problema. Es claro que al ámbito de lo público pertenecen nuestras

acciones y actividades realizadas en el foro, en el ágora, en la plaza, de cara al público; por lo tanto, notorias y evidentes a los ojos de los demás. Constituyen todas aquellas acciones que hacemos cuando nos relacionamos con otros y que, por ello, dejan de ser objeto de reserva o cuidado por nuestra parte y escapan a nuestro control. Indudablemente, lo público se define por oposición a lo privado. Con intimidad se hace alusión siempre a algo que es cercano al individuo, ya sea porque le es próximo o porque es algo propio, interno al mismo, que surge de él y que proyecta sobre su entorno. Suele hablarse, por ello, de la existencia de una esfera individual, de una vida privada, en la que sólo cada persona es quién para decidir lo que le afecta sin tener que tolerar ningún tipo de intromisiones. Así, no extraña que esta conciencia de la importancia de lo próximo lleve parejo, en consecuencia, el deseo de que el conocimiento de lo que acaece en esta esfera no escape al control personal, que no pueda ser conocido sin su consentimiento por alguien que le es ajeno.

Ahora bien, dada esta sintonía en torno a lo que nos es propio, no es de extrañar que se empleen por igual los términos «vida privada» o «privacidad» e «intimidad», cuando son categorías bien distintas. Por lo pronto, por cuanto históricamente responden a épocas y exigencias poco coincidentes, es bien sabido que el deseo de vida privada surge con la lectura en familia de la Biblia, el diálogo interno con Dios, la reclusión interior y la escritura de diarios personales, en fin, con la ética protestante -mercantil, por encima de todo, sujeta al ahorro, al cálculo, a la honestidad y a los libros mercantiles- y con las exigencias sociales y políticas de la utopía burguesa en los siglos xvii y xviii, y materializada en el más puro sistema liberal del xix. El burgués precisa una esfera aislada, libre para el desarrollo de su conciencia religiosa y una vida privada intensa con su familia y con los más próximos. Ese espacio para «abandonar las armas y las defensas», para estar «en zapatillas», como se dice en la frase transcrita de G. Duby.

Pero, todavía en esta esfera, se proyectan ritos y códigos, reglas y pautas externas que rigen muchas de nuestras acciones «privadas» penetradas así por lo social. En efecto, muchas de las acciones privadas están regladas por costumbres o usos sociales que hemos interiorizado a través de los medios normales de socialización y que, tras su introyección, expresamos externamente en nuestra conducta. Pensemos, por ejemplo, en la comida, el vestido o en otros actos cotidianos, incluso, actos tan «íntimos» como hacer el amor. Todos están reglados, los hacemos ritualmente,

aunque quepa un lugar para la imaginación y para la propia personalidad, para la libertad en las formas. Vida privada socializada, que vale para hoy como para otras épocas.

El surgimiento del sentimiento de la intimidad aparece en fechas recientes, en la sociedad posindustrial, como un nuevo giro, un nuevo repliegue del individuo sobre sí mismo abandonando la privacidad intersubjetiva para recluirse en su interior, en un nuevo espacio intrasubjetivo. Ya no es reclusión en la vida privada, en la vida amurallada con la familia y los amigos, sino en la vida interior, en lo más profundo de nuestro ser, en la intraconciencia, donde se examinan los afectos, los pensamientos, las opiniones personales. Y los recuerdos, las fantasías, donde soñamos, amamos y odiamos, y envidiamos. La persona encerrada en torno a sí misma. Dos ámbitos, dos espacios conceptuales bien delimitados, separados, pero también interrelacionados. Pues no hay intimidad sin vida privada, sin el lugar doméstico donde recluirse aún más. Como tampoco hay privacidad, ni se puede gozar de una vida privada sin algo de intimidad. La intimidad, el anonimato, el secreto, la soledad, parecen ser elementos indispensables del área propia de la vida privada. Cada uno de estos conceptos, privacidad e intimidad, se reenvían recíprocamente el uno al otro y no pueden ser comprendidos sin esta autorreferencia.

Y otro tanto sucede con el concepto de lo público. Lo público, lo privado y lo íntimo como tres espacios separados, pero inseparables'. Son espacios, territorios, que se interpretan. Espacios cambiantes en cada momento y situación, hasta tal punto que una misma acción puede considerarse pública, privada o íntima con sólo variar el cómo y el dónde se realiza. Como en un calidoscopio, la consideración de una acción cambia cuando lo movemos y así, al mismo tiempo, queda transfigurada. No es la misma. ¿Hasta qué punto lo que se hace o dice en la plaza, en la oficina, en el lugar de trabajo, incluso, las confidencias, son todavía privadas o pertenecen a nuestra intimidad, o, por el contrario, dejan de serlo? La apertura a los demás o el repliegue determina el espacio de la acción.

Dice bien C. Castilla del Pino<sup>109</sup>, cuando afirma que las acciones no son públicas, privadas o íntimas en sí mismas, “sino según el espacio en el que se desenvuelven”.

---

<sup>109</sup> Castilla, Carlos (1988): Público, Privado, íntimo, El País, Edición América, España, Versión Digital. Página web consultada el 07 de julio de 2019. Disponible en: [https://elpais.com/diario/1988/08/01/opinion/586389610\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1988/08/01/opinion/586389610_850215.html)

Y cada espacio deviene así en escenarios de nuestras acciones, como si de teatros móviles se tratase. Hasta dar una conferencia o impartir una clase, vender un libro o actuar ante un tribunal, que, a todas luces aparecen como actos públicos, son, en el fondo, proyecciones externas de actos realizados en soledad y anonimato; así, el estudio, el trabajo y la reflexión previa, o, en ocasiones, el ensayo con un público imaginario. Y amar, y odiar, sólo quedan en mero solipsismo si no se manifiestan al exterior, con lo que pierden aquello que tienen de singular, pero ganan en su consolidación y, a su vez, tienen visos de realizarse y, por tanto, de completarse como sentimientos personales. Ahora bien, el reconocimiento de las relaciones entre lo público, privado e íntimo, del área reservada, del deseo de secreto, ha sido una constante de la sociedad occidental que jalona toda la literatura sobre el problema.

Considerando lo desarrollado por Martínez de Pisón<sup>110</sup>, todo esto no ha sucedido sin tensiones, ni traumas, ni, evidentemente, puede considerarse exento de mayores dificultades. En efecto, lo privado, lo íntimo, entendámoslo como queramos, han crecido y se han desarrollado a costa de su oponente más directo, y más fuerte, lo público. O mejor, habría que decir que han ido creciendo a medida que se han puesto límites, freno, topes al ansia expansionista del poder político que todo lo quiere y todo lo abarca -por lo menos, así lo ve el burgués, el individuo ansioso por preservar su privacidad-. En suma, fortalecimiento de un recinto que albergue las aspiraciones individuales frente a las intenciones expansionistas de lo público. El problema surge y se acrecienta cuando el Estado pretende el monopolio total de lo que pasa en cada hogar, en cada oficina, en la tienda o en el lugar de trabajo. De ahí que la visión de 1984, de Orwell, parezca una anticipación «feliz», con todo su horror y con plena vigencia. Y la tensión subyacente entre público-privado no es sólo algo del pasado ya olvidado, sobre el cual hay que firmar el acta de defunción, sino que está plenamente de actualidad en un momento en el cual se cierne la amenaza de que el poder público se aproveche de los avances tecnológicos para lograr un mayor control sobre cada uno de los ciudadanos, que así devienen en «súbditos». Pero, el problema no termina aquí en un conflicto entre lo público-privado al que estamos más o menos

---

<sup>110</sup> Martínez de Pisón, José (1997): Vida Privada e intimidad: Implicaciones y Perversiones, Anuario de Filosofía del Derecho N° XIV, Universidad de Rioja, España, p. 722.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/142345.pdf>

acostumbrados, pues los mismos medios usados por el Estado pueden estar al alcance de cualquier individuo, asociación, agencia o empresa. Si algo tiene de peculiar el nuevo «repliegue» hacia lo íntimo, paradójicamente, es que ya no sólo se trata de poner barreras frente al siempre solícito e implacable poder público que requiere frente al secreto la mayor de las transparencias en aras de una mayor eficacia y, por contra, de la máxima felicidad para todos. Pues, la eficacia y la felicidad, los nuevos parámetros del dominio de unos sobre otros, exigen un mayor control y, por contra, la máxima transparencia «informática», claro está. El «hombre de cristal», atravesado por las redes de comunicación social, y de socialización, he ahí el nuevo modelo de ciudadano. Pero, ahora, aparece, como nunca antes, que los nuevos «muros» se levantan contra el vecino, contra quien está al lado, contra el extraño, que puede utilizar los mismos medios que el Estado para fines no muy loables. La tensión público-privado se ha transformado en una oposición individuo-individuo, hombre-hombre, privado-privado.

### **15.2. El derecho a gozar del proyecto de vida**

Hemos adherido a la filosofía de la existencia que considera que la libertad constituye el ser mismo del hombre. Esta libertad es lo que lo diferencia, radicalmente, de los demás seres de la naturaleza y le otorga dignidad. Se trata de una potencialidad que nos permite decidir, elegir, entre muchas posibilidades de vida, eso que, precisamente, llamamos proyecto de vida o proyecto existencial. Gracias a la libertad somos seres temporales, históricos, estimativos, creativos, proyectivos, dinámicos. Carecería de sentido un ser libre que no fuera, simultáneamente, un ser temporal.

Como lo hemos puesto de manifiesto, el "proyecto de vida" es posible en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal.

El proyecto de vida, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, quien es citado por Carlos Fernández Sessarego<sup>111</sup> en su trabajo “Daño al Proyecto de Vida”, *"consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser"*.

Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra cotidiano existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. El vivenciamiento de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible sin un vivenciamiento axiológico de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al mencionar “medios” nos referimos, en general, a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, para convertir en acciones o conductas el proyecto existencial. Entre estos instrumentos contamos con nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los "otros", las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones pero, también, de traumáticas frustraciones.

La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin.

Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con posibilidades, empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos

---

<sup>111</sup> Fernández, Carlos (1996): Daño al Proyecto de Vida, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 50, Lima, p. 4.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

[http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_7.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF)

conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso, como lo recalca Mounier<sup>112</sup>, es del caso recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier (1962) "*hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen*". Es decir, como señala el propio Mounier "*la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos*".

Pues bien, después de lo expuesto cabe preguntarse, una vez más, si existe un "proyecto de vida". Por parte de Carlos Sessarego<sup>113</sup>, está convencido de ello porque, fundamentalmente, tenemos experiencia de nuestra libertad y de nuestra temporalidad, del vivenciamiento valores y, por consiguiente, de la formulación de proyectos. Es decir, somos conscientes, de acuerdo con nuestra inclinación vocacional, de lo que hemos elegido realizar en la vida para otorgarle a ésta un sentido, para dignificarla, para encontrar una razón al vivir. Lo que no es poco, si apreciamos en todo su valor y significación el precioso don de la vida. Somos también generalmente conscientes de nuestras realizaciones, de su ocasional plenitud o de sus frecuentes limitaciones. Pero también se hacen patentes nuestras frustraciones, nuestros fracasos. Tratamos, a menudo, de indagar por los condicionamientos, endógenos o exógenos, que han gravitado en nuestros éxitos y, con mayor razón, por aquellos que determinaron nuestras frustraciones. Después de lo hasta aquí expresado es lícito preguntarse si será posible causar un daño de tal magnitud que frustre nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. El mayor conocimiento que en la actualidad se tiene de lo que significa el ser humano, de lo que constituye su estructura, así como de lo que surge de la experiencia del puro vivir, hacen posible una respuesta afirmativa. De ello estamos plenamente convencidos y deseáramos, por consiguiente, contribuir con estas modestas y

---

<sup>112</sup> Mounier, Emmanuel (1972): El Personalismo, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, p. 36.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: <https://es.scribd.com/document/292509340/Emmanuel-Mounier-El-Personalismo-Eudeba-Editorial-Universitaria-de-Buenos-Aires-1972>

<sup>113</sup> Fernández, Carlos, Op. Cit. p. 13.

embrionarias reflexiones a fin de que quienes aún no comparten estas experiencias nos acompañen, en algún momento, en la tarea de precisar los alcances y la importancia de una protección plena e integral del ser humano en todo lo que él significa y representa.

De acuerdo con las características de la propuesta investigativa, inicialmente se hace una teorización en torno a proyecto de vida, que es la primera variable del estudio; en este sentido son oportunos los planteamientos de Zuazua<sup>114</sup> quien expresa: *El proyecto es una imagen poderosa que nosotros creamos para que nos aliente en el día a día desde su promesa de plenitud. Así, cuando queremos referirnos a nuestros anhelos, o a la falta de ellos, nuestros proyectos personales dan forma a la esperanza con que afrontamos el futuro. Asimismo, los proyectos se materializan por su carácter operativo nuestras expectativas en el ámbito personal y social, expresándolas como proyecto vital.*

Al interpretar los planteamientos del autor, queda en claro que el proyecto de vida es sin lugar a dudas una directriz que sirve de guía y motiva permanentemente las actividades, intereses y expectativas de cada individuo, razón por la cual tener claro el proyecto que ha de conducir los anhelos propios se convierte en sí mismo en una verdadera motivación para ser, vivir y proyectar nuestra esperanza de vida.

En este mismo sentido, son también de importancia las apreciaciones de Hernández y Ovidio<sup>115</sup>, quienes explican el proyecto de vida de la siguiente manera: *El Proyecto de Vida es la estructura que expresa la apertura de la persona hacia el dominio del futuro, en sus direcciones esenciales y en las áreas críticas que requieren de decisiones vitales. De esta manera, la configuración, contenido y dirección del Proyecto de Vida, por su naturaleza, origen y destino están vinculados a la situación social del individuo, tanto en su expresión actual como en la perspectiva anticipada de los acontecimientos futuros, abiertos a la definición de su lugar y tareas en una determinada sociedad.*

---

<sup>114</sup> Zuazua, A. (2007): El proyecto de autorrealización, Cambio, Curación y Desarrollo, San Vicente Alicante, Editorial Club Universita, Ecuador, p. 19.

<sup>115</sup> Ovidio, Ángelo (2000): Proyecto de Vida como Categoría Básica de Interpretación de la Identidad Individual y Social, Revista Cubana de Psicología, Vol. N° 17, N° 3, Cuba, p. 270.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en:

<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rcp/v17n3/08.pdf>

Entendido así, el proyecto de vida es un lineamiento de gran trascendencia para todos los seres humanos en la medida que le permite descubrir en qué dimensiones de su desarrollo humano tiene fortalezas, en cuáles algunas debilidades y de acuerdo con esta realidad trazarse metas con una proyección anticipada para construir un futuro que le permita de alguna manera realizarse como persona y satisfacer sus expectativas e intereses de vida; por estas razones se considera que los jóvenes a las puertas de terminar sus estudios de bachillerato deben tener claro su proyecto de vida para evitar frustraciones y lograr el éxito acorde con sus anhelos y expectativas propias.

El proyecto de vida se convierte también en una oportunidad para que los jóvenes próximos a culminar sus estudios de bachillerato se motiven y tengan nuevas expectativas acordes con sus potencialidades y no estén condenados a realizar las actividades que tradicionalmente han ejecutado sus ancestros o la que corresponde a la oferta laboral de su entorno, pues de alguna manera estas condiciones son las que reproducen la diferencia de clases; al respecto, Pardo<sup>116</sup>, cuando dice: *El libro Jóvenes construyendo su proyecto de vida asume que los profesores tienen que participar y ayudar en dichas decisiones a fin de evitar que muchos jóvenes desgasten su vida experimentando circunstancias y procesos que pudieran evitar, con una actitud positiva sobre sí mismos y hacia su futuro, logrando una mayor productividad y competitividad consigo mismo.*

En este sentido, es rescatable la iniciativa que compromete al docente como orientador y motivador para que sus estudiantes exploren y descubran sus potencialidades y asuman de manera comprometida el reto de continuar con su proceso de profesionalización al considerarlo como una buena alternativa para volverse más competente y en consecuencia ser más productivos.

Así, el proyecto de vida se convierte en una estrategia formativa que a través de talleres con diversas actividades de motivación personal proyecta a los jóvenes para que continúen su proceso de formación académica e ingresen a la realización de estudios universitarios.

---

<sup>116</sup> Pardo, Inés (1999): *Jóvenes construyendo su Proyecto de Vida*, Editorial Magisterio Aula Viva, Colombia, p. 10.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.magisterio.co/libro/j-venes-construyendo-su-proyecto-de-vida>

### 15.3. Derecho al hijo

A fin de justificar el uso de las técnicas de reproducción asistida, se ha invocado la existencia de un supuesto “derecho al hijo”, y la técnica ha terminado siendo puesta al servicio del casi irrestricto deseo de los padres, antes que al mejor interés del hijo.

López y Abellan<sup>117</sup> considera que *“no puede caracterizarse al hijo como un “derecho”, pues no se puede tener derechos sobre las personas, ni puede exigirse al otro, al Estado o autoridad sanitaria que nos dé un hijo, por su dignidad como persona, ningún ser humano puede ser cosificado”*

Como señala Olguín<sup>118</sup>, el “derecho al hijo” no existe ya que *“se debe tener una visión del niño no como un objeto o como un medio para satisfacer intereses personales o de pareja, sino como un sujeto, como un fin en sí mismo”*

Luego de lo previamente desarrollado es importante concluir que el tema de la maternidad subrogada no es fácil de abordar, ya que se encuentran vinculadas posturas y pensamientos morales que la castigan; sin embargo no puede negarse que se trata de un procedimiento mediante el cual miles de niños nacen a nivel mundial (incluido nuestro país), pero no se le brinda un adecuado enfoque jurídico legal.

En el Perú, el Artículo 7° de la Ley de Salud regula las técnicas de reproducción asistida; y, de su lectura puede entenderse que la “maternidad subrogada” no se encuentra permitida ni prohibida. Por lo que, la finalidad de los contratos de maternidad subrogada tendrían un fin ilícito (por ser contrario a la ley), incurriendo en causales de nulidad establecidas en el Artículo 219° del Código Sustantivo.

Asimismo, este fin ilícito se vería identificado con otros fundamentos relacionados a que la técnica en referencia es una forma de explotación a la mujer y significa convertir al concebido en una cosa.

No obstante lo expresado, resulta innegable que pese a que no se encuentra regulada la maternidad subrogada; en la realidad actual, este procedimiento es realizado y cada día existen más niños que nacen con la ayuda de una tercera persona que solamente tiene la calidad de “portadora o gestante”, más no es la madre biológica.

---

<sup>117</sup> López Barahona, Mónica y José Carlos Abellan (2009), Los Códigos de la Vida, Editorial Homolegens, Madrid, p. 129

<sup>118</sup> Olguín Britto, Ana María (2007): Los Derechos de Filiación en las Técnicas de Fecundación Artificial, Revista La Familia Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XX. Jornadas Internacionales de Derecho de Familia. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, p. 16.

Ahora, el hecho que no exista una normatividad que regule la técnica de maternidad subrogada implica dejar en una suerte de desprotección al concebido bajo tal procedimiento y por ende genera una vulneración a sus derechos fundamentales.

Además, es conveniente mencionar que las diferentes legislaciones asumen posturas distintas sobre el tema. Así tenemos: a) legislaciones que prohíben la maternidad subrogada, b) legislaciones que permiten ampliamente la maternidad subrogada; y, c) legislaciones que admiten la técnica solo en casos altruistas y cumpliendo ciertos requisitos y condiciones.





# **CAPÍTULO II**

# **METODOLOGÍA**

## 1. Técnicas, instrumentos de verificación

### 1.1. Técnicas

- La Observación Documental
- Encuesta

### 1.2. Instrumentos

De acuerdo con las técnicas, los instrumentos serán:

- a) Fichas de Registro (biblioteca, hemeroteca, archivos, consultas en Internet)
- b) Fichas de Investigación:
  - Fichas textuales
  - Fichas resumen
  - Fichas de observación estructurada
  - Fichas de observación estructurada
- c) Cuestionario

### 1.3. Tipo y nivel de la investigación

- Por finalidad: Aplicada
- Por el alcance temporal: Longitudinal o diacrónica
- Por el nivel de profundización: Descriptiva y explicativa
- Por el ámbito: Documentaria

## 2. CAMPO DE VERIFICACIÓN

### 2.1. Ubicación Espacial

El estudio se realizará en Perú.

### 2.2. Ubicación Temporal

El horizonte temporal del estudio está referido al período de tiempo del año 2017-2018

### 2.3. Unidades de Estudio, Universo y Muestra

En la investigación documental, las unidades de estudio están constituidas por:

- a) Obras de Doctrina relacionadas con técnicas de reproducción asistida, maternidad subrogada
- b) Jurisprudencia nacional e internacional
- c) Legislación Nacional
- d) Legislación Extranjera

En la investigación de campo

- a) Las unidades de estudio están conformadas por profesionales de derecho (jueces, asistentes, especialistas legales, abogados y docentes universitarios).

La muestra será de 37 profesionales de derecho encuestados; quienes tendrán los siguientes criterios de selección:

- Personal jurisdiccional (incluye Jueces, Asistentes y Especialistas Legales):
  - Personal que labora en Áreas que conocen materias civiles y de familia, en las que se requiere tener conocimientos sobre las técnicas de reproducción asistida (en específico la maternidad subrogada) ya que están en la posibilidad de conocer y resolver casos vinculados a la maternidad subrogada.

A mayor precisión se podrían presentar los supuestos en que:

- a) El Juzgado de Paz Letrado sea la primera instancia y su decisión sea revisada por el Juzgado Especializado en Familia o en Civil.
- b) El Juzgado Especializado en Familia o en Civil sea la primera instancia y su decisión sea revisada por la Sala Superior Civil.

Asimismo, la selección del personal jurisdiccional encuestado no ha sido limitada al Área de Familia sino que se extiende al Área Civil que se trata de una materia afín; puesto que, debe tenerse en cuenta que los casos vinculados a las técnicas de reproducción asistida pueden ser conocidos por Juzgados de cualquier materia.

➤ Profesionales en derecho:

- Que se encuentren ejerciendo de forma independiente la profesión
- Que sean especialistas en materia civil y/o familia (considerando estudios realizados y trayectoria profesional)
- Teniendo en cuenta el área de desarrollo profesional, si los encuestados se encuentran en la posibilidad de asumir el patrocinio respecto de un caso relacionado a las técnicas de reproducción asistida, como es la maternidad subrogada.

➤ Docentes Universitarios:

- Que dicten cátedra en las principales universidades de la ciudad (Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica de Santa María y Universidad Católica San Pablo)
- Que tengan a su cargo cursos de Derecho Civil o Derecho de Familia

### 3. ESTRATEGIA DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

#### 3.1. Estrategia

La información que se requiere, para la presente investigación, será recogida de la siguiente forma:

- a) **Revisión Conceptual:** Se obtendrá información mediante recolección de datos tanto en las siguientes bibliotecas y centros de información:
  - Biblioteca de la Academia Nacional de la Magistratura.
  - Biblioteca Pontificia Universidad Católica del Perú
  - Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
  - Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
  - Exploración en Internet
- b) **Revisión Documental:** Para la revisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como doctrina en materia de fundamentación de derechos humanos.
- c) **Método:** Los métodos a aplicar serán dos: i) análisis: principalmente sobre los contenidos doctrinarios a revisarse en la investigación y ii) inductivo: respecto

de la jurisprudencia nacional y supranacional así como doctrina de fundamentación de derechos humanos. Las bases de análisis son doctrinarias, documentales, normativas y jurisprudenciales.

- d) **Investigación de Campo**: La encuesta a realizarse a profesionales de derecho será posteriormente tabulada y sistematizada para el correspondiente análisis.

### 3.2. Recursos

- **Recursos Humanos**

DENOMINACIÓN	N°	COSTO DIARIO	DIAS	COSTO TOTAL
Investigador	01		180	
Colaborador	01	S/20.00	30	S/600.00
Digitalizador	01	S/10.00	20	S/200.00
			TOTAL	S/800.00

- **Recursos Materiales**

DENOMINACIÓN	N°	COSTO
Papel Bond	1500	S/45.00
Fichas	300	S/30.00
Tinta para Impresora	3	S/90.00
Copias fotostáticas	400	S/40.00
Empastado	03	S/120.00
Uso de Computadora	01	S/130.00
Movilidad		S/200.00
Útiles de Escritorio y otros		S/200.00
	TOTAL	S/855.00

- **Recursos Financieros**

DENOMINACIÓN	COSTO
Recursos Humanos	S/800.00
Recursos Materiales	S/855.00
TOTAL	S/1,655.00





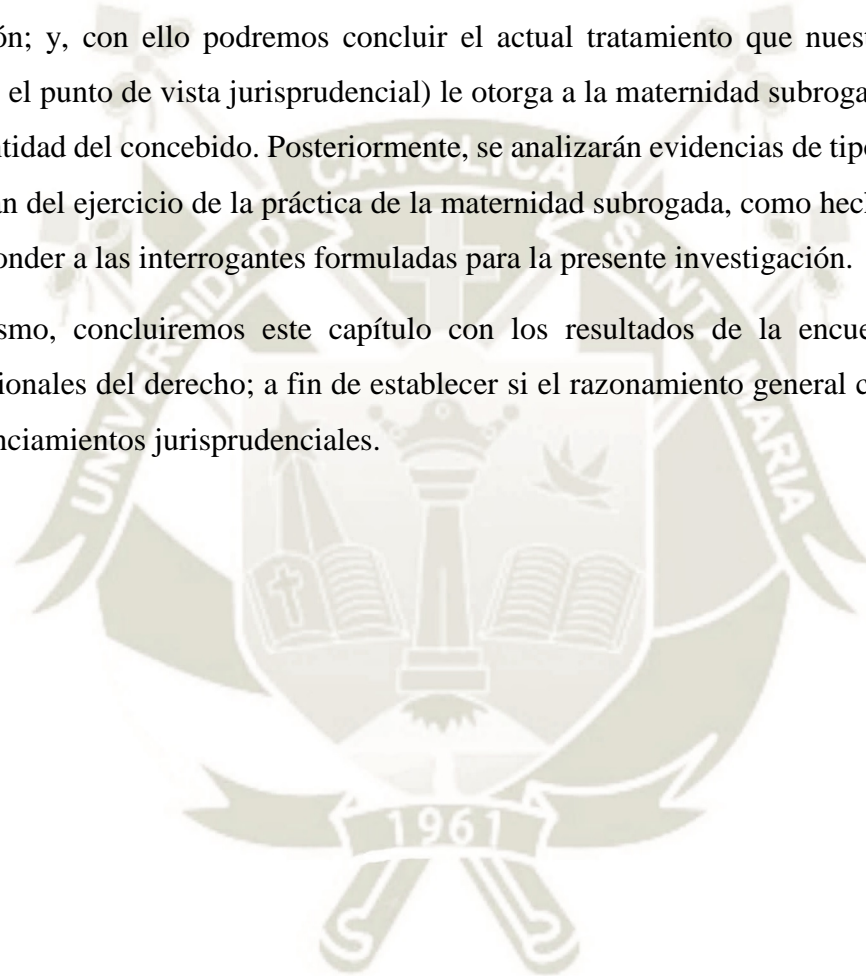
# **CAPÍTULO III**

## **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

El presente trabajo está destinado a abordar las implicancias del contrato de maternidad subrogada sobre el derecho a la identidad del concebido; para cuyo efecto, en los capítulos previos hemos desarrollado el marco teórico tanto del derecho a la identidad, como de la técnica de reproducción asistida denominada “Maternidad Subrogada”.

Con tal antecedente, realizaremos un análisis de los pronunciamientos emitidos por órganos jurisdiccionales nacionales sobre casos en los cuales se ha debatido temas como la maternidad subrogada, el derecho a la identidad del menor, el interés superior del niño y filiación; y, con ello podremos concluir el actual tratamiento que nuestro ordenamiento (desde el punto de vista jurisprudencial) le otorga a la maternidad subrogada y el derecho a la identidad del concebido. Posteriormente, se analizarán evidencias de tipo empírico que se denotan del ejercicio de la práctica de la maternidad subrogada, como hechos que apoyarán a responder a las interrogantes formuladas para la presente investigación.

Asimismo, concluiremos este capítulo con los resultados de la encuesta formulada a profesionales del derecho; a fin de establecer si el razonamiento general concuerda con los pronunciamientos jurisprudenciales.



## 1. PRESENTACIÓN DE CASOS

En la jurisprudencia presentada a continuación se realiza un análisis que contiene:

- Hechos que originan la Litis
- Identificación del problema
- Decisión de primera y segunda instancia; junto con un análisis y comentario de los fallos judiciales
- Se resaltan las ideas claves desarrolladas en la jurisprudencia relacionadas al tema de investigación; y, sobre ellas se realiza un análisis y comentario.
- Conclusiones de cada caso, resaltando las ideas que sustentan las decisiones judiciales y que sirven de sustento para las conclusiones del trabajo de investigación.

## 2. EXPEDIENTE N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05

### 2.1. Materia:

Acción de Amparo

### 2.2. Demandantes

- Sociedad Conyugal formada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Berau
- Sociedad Conyugal formada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco
- Los menores LNNR y CDNR representados por Francisco David Nieves y Evelyn Betzabé Rojas Urco

### 2.3. Demandado

- RENIEC

### 2.4. Hechos

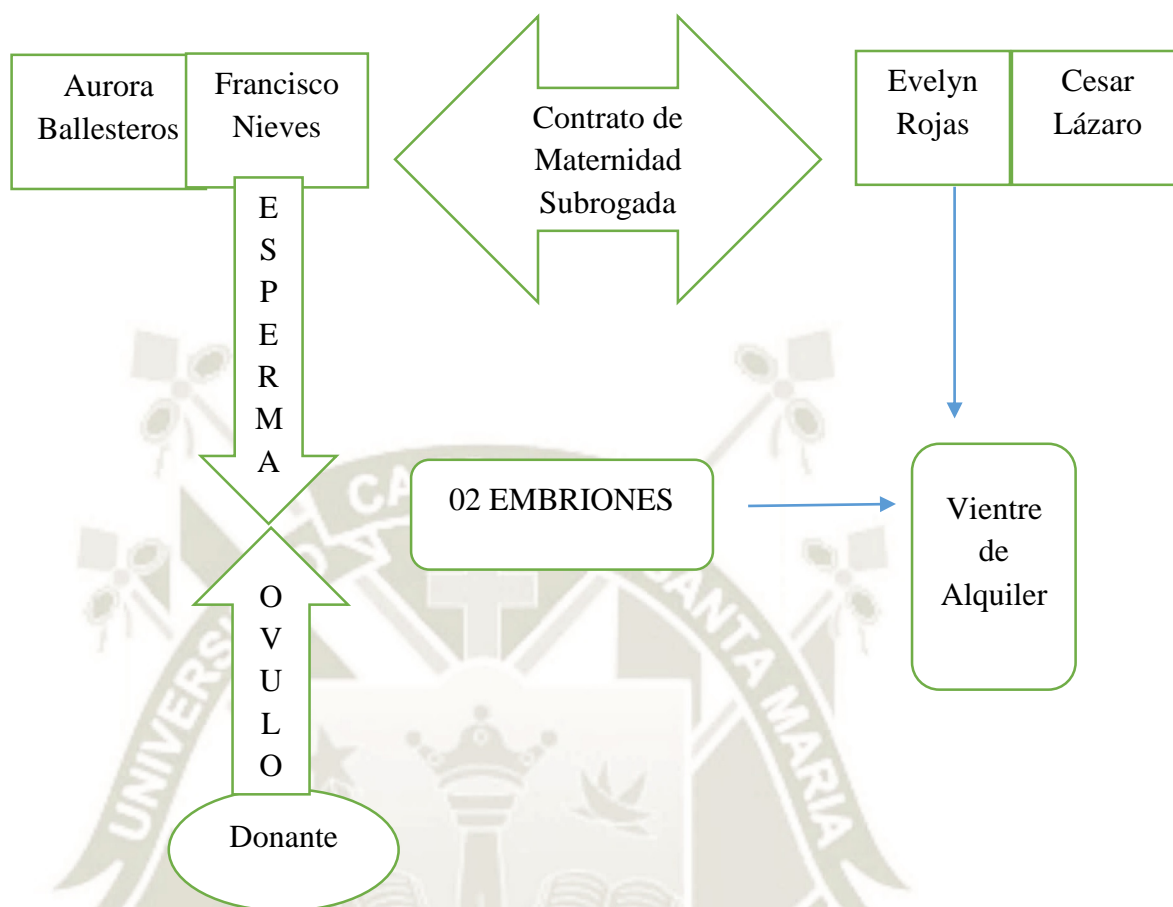
- El 21 de enero de 2005, Francisco Nieves y Aurora Ballesteros contrajeron matrimonio.
- Aurora Ballesteros tuvo problemas para quedar embarazada, por lo que los esposos Nieves – Ballesteros decidieron recurrir a las Técnicas de Reproducción Asistida, sin embargo, pese a optar por las técnicas de ovodonación y fecundación in vitro, no se lograron los resultados esperados, ya que el embarazo devino en aborto

- Frente a tal situación, los esposos Nieves – Ballesteros acudieron nuevamente a un centro de fertilidad y reproducción, en donde se determinó que únicamente podían optar el método de “vientre subrogado”.
- Los esposos Nieves-Ballesteros suscribieron un acuerdo privado de útero subrogado con los esposos Lázaro – Rojas.
- Así se realizó una fecundación in vitro, con los óvulos de una donante anónima, y el espermatozoides de Francisco Nieves.
- Con el consentimiento de los esposos Fausto Lázaro y Evelyn Rojas, se transfirieron dos embriones fecundados al útero de Evelyn Rojas.
- El 19 de noviembre de 2015, nacieron los menores de iniciales LNNR y CDNR; y, al momento del nacimiento, los menores fueron consignados en el Certificado de Nacido Vivo como hijos de Evelyn Rojas (porque había alumbrado a los niños) y Francisco Nieves (por declaración de Evelyn Rojas).
- Luego, se iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde Francisco Nieves solicitó se le declare padre de los menores LNNR y CDNR; y, Aurora Ballesteros solicitó se le declare madre de los niños.
- RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las Resoluciones Registrales N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, ambas de fecha 29 de febrero de 2016.
- Los demandantes interponen la acción constitucional sustentando la vulneración al derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores. Asimismo, con respecto a los mayores de edad, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

## **2.5. Petitorio**

- Se deje sin efecto las Resoluciones Registrales N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC
- 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
- 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.

## 2.6. Aspectos a resaltar e identificación del problema



Ahora, es conveniente señalar que el recién nacido es registrado gratuitamente en el establecimiento de salud en donde se atiende el parto, para cuyo efecto se emite un CERTIFICADO DE NACIDO VIVO que identifica a la MADRE y al profesional que atendió el parto o cesárea.

Asimismo, cabe indicar que este certificado es el requisito básico para conseguir el Acta de Nacimiento y la Inscripción del niño en el registro civil, y luego pueda obtener su DNI<sup>119</sup>.

Ahora bien, del caso graficado y conociendo el procedimiento seguido frente al nacimiento de un niño, nacen las interrogantes:

- ¿Quién es la madre que debe ser consignada en el Certificado de Nacido Vivo?
- ¿Quién es el padre que debe ser consignado en el Certificado de Nacido Vivo?

<sup>119</sup> Información obtenida de <https://www.gob.pe/533-tramites-para-el-recien-nacido>

## 2.7. Sentencia de Primera Instancia

- a. El caso bajo análisis fue conocido inicialmente por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima; y, con fecha 21 de febrero de 2017 emitió sentencia resolviendo la Litis.
- b. En primer lugar es importante resaltar que el caso de autos evidencia el problema planteado en el presente trabajo, ya que tenemos que los esposos Nieves-Ballesteros celebraron un contrato de maternidad subrogada con los esposos Lázaro Rojas, a fin que la señora Evelyn Rojas geste a los embriones fecundados con material genético del señor Francisco Nieves y el óvulo donado por una mujer anónima.

Sin embargo, como consecuencia de la falta de normatividad sobre técnicas de reproducción asistida; los menores alumbrados por la señora Evelyn Rojas fueron registrados tanto en el Certificado de Nacido Vivo como en las partidas de nacimiento como hijos de Evelyn Rojas, pese a que esta última no mantiene ninguna relación biológicas con los bebés, ya que ella no aportó su material genético, sin tomar en consideración la naturaleza excepcional que da origen y existencia a los menores en cuestión<sup>120</sup>.

En ese sentido, se tiene que los esposos Nieves – Ballesteros se ven imposibilitados legalmente de reconocer a sus hijos; y, también genera que los menores no puedan ser reconocidos por sus padres, dejándoles en su suerte de incertidumbre, ya que no se tiene certeza quiénes son sus padres: la mujer que los gestó y su esposo (quienes no aportaron material genético ni tuvieron la intención que procrear a un niño como parte de su familia); o, el hombre que dio su material genético y su esposa (precisando que se les donó el óvulo fecundado), quienes tienen el deseo de ser padres y formar una familia.

- c. El Quinto Juzgado Constitucional de Lima desarrolla las siguientes ideas:
  - *“La defensa de 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*

---

<sup>120</sup> Rodríguez –Cadilla Ponce, Roxana, Op. Cit., p. 197.

*notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes”*

- A mayor precisión, tenemos que RENIEC formuló la excepción de “Representación Defectuosa o Insuficiente” (Inciso 3 del Artículo 446° del CPC) sustentando que Aurora Ballesteros no tiene representación legal o establecida que tienen los padres sobre los hijos, porque ella no es madre de los menores. Así también señala que Francisco Nieves no tiene representación de los menores porque no ha reconocido su paternidad formalmente. Y, en igual sentido, Fausto Lázaro, quien se presume padre por ser esposo de la presunta madre Evelyn Rojas, no ha reconocido a los menores.
- Tal es así que, siguiendo los argumentos esbozados por el RENIEC, se evidencia el problema presentado en este trabajo investigativo, ya que Los padres biológicos no tienen derecho de reconocer a los menores, porque son personas distintas a la madre gestante y esposo (quienes se presumen legalmente como padres).
- Cabe resaltar que el órgano jurisdiccional identifica claramente el problema puesto que señala que si bien en principio los demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, ello se debe a que están reclamando la actuación de RENIEC, la cual genera el conflicto de falta de representación de los niños.
- Además que la posición adoptada por el Estado – a través de RENIEC – evidencia que nuestra legislación no está preparada para afrontar casos de maternidad subrogada, puesto que el Certificado de Nacido Vivo únicamente permite consignar los datos de la mujer que alumbra y el nombre del padre, y este instrumento sirve de antecedente para la expedición de la partida de nacimiento; es decir que no existe posibilidad de consignar los datos de los padres biológicos – específicamente de la madre que contrata el vientre de alquiler y tiene el deseo de ser madre – en el Certificado de Nacido Vivo y Acta de Nacimiento; situación que empieza a dar muestras de la vulneración al derecho de identidad del concebido.
- No dejamos de mencionar que el actual y reciente modificado Artículo 362° del Código Civil, permite a la madre declarar quién es el padre

inclusive si fuera persona diferente del esposo; lo que significaría que la madre gestante puede indicar que el padre el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada es la persona que la contrató. Sin embargo, ésta no es la situación ideal ni deseada por los padres con interés en formar juntos una familia en la que se considere a la pareja de esposos o convivientes como padres de los niños que desean.

- *El Juzgado cita al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU<sup>121</sup> que dice “La salud reproductiva (...) 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, establecimiento y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo”*
  - Teniendo como antecedente lo expresado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, el juzgado entiende que toda persona que tuviera problemas en salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico para su padecimiento y a tomar acciones informadas y libres.
  - Por tanto, concluye que en el caso analizado también se encuentran involucrados el derecho a la salud reproductiva, intimidad o vida privada.
- *El Juzgado hace referencia al caso Artavia Murillo contra Costa Rica, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos dice “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 TECNICAS DE ASISTENCIA REPRODUCTIVA Y EN CONSECUENCIA LA PROHIBICIÓN DE RESTRICCIONES DESPROPORCIONADAS E INNECESARIAS”*

---

<sup>121</sup> Observación General N° 22 del 2016, fundamento 5

- En este extremo, el Juzgado acude a fuentes supranacionales precisando que si al amparo del sistema convencional que vincula al Estado Peruano, una persona puede acudir a las técnicas de reproducción asistida; resulta contradictorio, que luego que tal persona alcance convertirse en madre o padre mediante el uso del desarrollo científico, el Estado perturbe o desconozca la condición de “padres”.
- En otras palabras, si la normativa nacional no prohíbe el uso de técnicas de reproducción asistida y la normativa convencional si las reconoce como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, no existen razones para que el Estado desconozca la validez o resultado del uso de métodos de reproducción asistida; y, en el caso concreto, concluye que no existe razones para negar la condición de madre de Aurora Ballesteros y la condición de padre de Francisco Nieves.
- En este punto, el órgano jurisdiccional realiza un análisis convencional de las técnicas de reproducción asistida, lo que le permite llegar a la conclusión que el uso de tales técnicas se encuentran dentro del derecho a la salud reproductiva y a beneficiarse del avance científico; por ende, se entiende que el uso de la técnica de maternidad subrogada y la suscripción de un contrato de vientre de alquiler no sería contraria a nuestro ordenamiento, y como consecuencia este tipo de contratos tendría un fin lícito.
- *“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 (...) 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”*
  - El Artículo 7° de la Ley General de Salud estipula que *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de 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 (...)”*
  - De la lectura del dispositivo antes citado, puede entenderse que en el Perú están permitidas las técnicas de reproducción asistida en las que la madre

genética y la madre gestante sean la misma persona; razonamiento que excluye a la “maternidad subrogada” como una técnica de reproducción permitida.

- Debe advertirse que la ley faculta el uso de las TERA dice: “siempre que la madre genética y la madre gestante recaiga sobre una misma persona”.
- El término “siempre que” es una locución conjuntiva condicional, es decir que, una oraciones subordinadas dándoles carácter de condición. Así el artículo en comento, según la posición adoptada por Luciano Barchi<sup>122</sup> no facultaría al uso de las TERAS, ya que la propia norma expresamente no faculta el uso de las TERAS que conlleven a que el carácter de madre genética y madre gestante no recaiga sobre la misma persona.

En otras palabras, el derecho a procrear a través de las nuevas técnicas procreativas encuentra límites en el ordenamiento jurídico peruano.

- Por otro lado, siguiendo a Paula Siverino<sup>123</sup> *“el sentido literal de este condicionamiento cae en el absurdo, puesto que si la madre genética y gestacional es la misma persona; estamos hablando en la gran mayoría de los casos del supuesto natural de embarazo que no requiere, por lo tanto, del uso de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, refiere que las prohibiciones no pueden interpretarse de una manera analógica, sino que deben estar explicitadas o se vulnerará el principio que establece “aquello no está prohibido, está permitido”*
- El Quinto Juzgado Constitucional de Lima interpreta la norma en el sentido que ésta únicamente regula el ejercicio del derecho de acudir a Técnicas de Reproducción Asistida para los casos en los que coincida el elemento genético de la madre con su condición de gestante. Pero además agrega que ello no significa que los demás supuestos no previstos en la

---

<sup>122</sup> Barchi Velaochaga, Luciano (2017): ¿Madre Hay Una Sola? Algunos Comentarios Respecto De La Sentencia Recaída En El Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05, Edición Virtual, Foro Académico Parthenon.

Página web consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible en: [http://www.parthenon.pe/privado/civil-patrimonial/madre-hay-una-sola-algunos-comentarios-respecto-de-la-sentencia-recaida-en-el-expediente-06374-2016-0-1801-jr-ci-o5/#\\_ftn14](http://www.parthenon.pe/privado/civil-patrimonial/madre-hay-una-sola-algunos-comentarios-respecto-de-la-sentencia-recaida-en-el-expediente-06374-2016-0-1801-jr-ci-o5/#_ftn14)

<sup>123</sup> Siverino, Paula (2010): ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética., Revista Jurídica UCES, Edición Virtual, Lima, p. 18

Página consultada el 07 de julio de 2019.

Disponible

en:

[http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/906/Quien\\_llamo\\_cig\\_Silverino.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/906/Quien_llamo_cig_Silverino.pdf?sequence=1)

norma estén proscritos. A mayor detalle refiere que no puede realizarse una interpretación contrario sensu, por tanto el Artículo 7° de la Ley General de Salud solo regula supuestos en los que la madre gestante comparta carga genética con su bebé.

- La posición adoptada judicialmente – siguiendo el pensamiento de Barchi en su trabajo titulado *¿Madre hay una sola? Algunos comentarios respecto de la Sentencia recaída en el Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05* - colisiona con lo desarrollado por un sector de la doctrina que señala que el acuerdo privado de útero subrogado es instrumental a un resultado prohibido, el propósito es perseguido por las partes es procrear a través de la utilización de las TERAS en las que el carácter de la madre genética y madre gestante no recae sobre la misma persona, que es una TERA cuyo uso no está facultado por la ley.
- Además se precisa que el Juzgado considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad presumir limitaciones de derecho a la salud reproductiva; y, siendo que el Artículo 7° de la Ley General de Salud y ninguna norma del ordenamiento jurídico nacional impone prohibiciones o límites para la aplicación de las TERAS, a nivel jurisdiccional debe reconocer que es legítimo utilizar técnicas de reproducción asistida (dentro de las que se encuentra el vientre de alquiler).
- *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...) 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 Salud, se entiende que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros vinculado”*
- El pronunciamiento del Juzgado se sustenta en la aplicación del inciso 24 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú que prescribe que *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*
- En este extremo, cabe reiterar lo expresado líneas arriba; existen opiniones referidas a que el Artículo 7° de la Ley General de Salud prohíbe el uso de la técnica de maternidad subrogada; es decir que si existiría un dispositivo que no permite el vientre de alquiler. Sin embargo, volvemos a mencionar

que la norma antes referida es la única que regula las técnicas de reproducción asistida, por tanto existe un vacío legal respecto a un tema cuyos casos aumentan con el transcurso del tiempo y el desarrollo tecnológico, siendo necesario que legalmente se establezca expresamente su prohibición o autorización.

➤ *“Si bien las TERAS no están prohibidas, su empleo sólo 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”*

- Del extracto previo, se advierte que el Juzgado se inclina por una postura relacionada a que la “maternidad subrogada” sea permitida pero únicamente para determinados casos con el objeto de lograr la formación de una familia; más no adopta una posición de admisión amplia.

Sin embargo, ello es una interpretación propia del Juzgado, ya que ello no está establecido expresamente en ningún dispositivo.

- Ahora no pasa desapercibido, que el Juzgado genera un poco de contradicción en sus conclusiones; porque inicialmente, señala que en aplicación del principio “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella prohíbe”, se entiende que la técnica de “maternidad subrogada” es ampliamente permitida.

Pero, de forma posterior precisa que la técnica bajo comentario debe tener un límite relacionado a ejercer el derecho a formar una familia, es decir relacionado a un fin altruista; ello con el fin de evitar comercio y tráfico de niños, que generen vulneración de derechos de las mujeres gestantes y los niños concebidos.

- Por tanto, mencionamos nuevamente que no resulta adecuado dejar la interpretación de la normatividad actual de las TERAS a cada juzgador, siendo conveniente fijar lineamientos para determinar los casos en los que se prohíbe y/o permite el uso de la “maternidad subrogada”.

- *“Se debe tener en cuenta que la Sra. Ballesteros desde un inicio tuvo la voluntad pro-creacional para tener hijos, a diferencia de a madre biológica que desde un inicio – y hasta ahora –tuvo la voluntad de entregar a los menores a la Sra. Ballesteros”*
- En este punto, el Juzgado busca tutelar el “derecho a la identidad de los menores”, específicamente el elemento de “los nombres” incluyendo los apellidos de los padres.
  - El Tribunal Constitucional en la STC 4509-2011-AA señala *“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”*.
  - Además otro aspecto importante a considerar es el “interés superior del niño” entendido como *“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 y de lo futuro sobre lo inmediato, atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias”*<sup>124</sup>
  - Tal es así que en el caso de autos, se han evaluados aspectos relacionados a que los esposos Nieves – Ballesteros han tenido el deseo e intención de formar una familia, motivo por el cual acudieron a la técnica de maternidad subrogada; ánimo que no es compartido por los esposos Lázaro-Rojas, quienes no desean un nuevo hijo como parte de su familia, sino que su actuar estuvo dirigido a ayudar a los esposos Nieves – Ballesteros. Tal es así que, los menores fueron entregados a los esposos Nieves – Ballesteros a los pocos días de nacidos, y es a partir de dicha fecha que éstos últimos han mantenido bajo su cuidado a los bebés, quienes empiezan a identificar como sus padres a los esposos Nieves – Ballesteros.

---

<sup>124</sup> Placido, Alex (2015): Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Editorial Instituto Pacífico, Lima, p. 52.

- Por tanto, resulta conveniente que el Juzgado evalúe estos aspectos a fin de determinar las mejores circunstancias y condiciones para el desarrollo de los menores, dentro de un ambiente de amor y comprensión.

d. Decisión

Se declara FUNDADA la demanda de Amparo; y, en consecuencia:

- Se declaran Nulas las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC
- Se ordena a RENIEC emita nuevas partidas de nacimiento de los menores LNNR y CDNR, 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.

## 2.8. Sentencia de Vista

- Ante la sentencia expedida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima, RENIEC interpone recurso de apelación.
- La Tercera Sala Civil de Lima resuelve el recurso de apelación, desarrollando los siguientes argumentos relevantes para el presente trabajo:
  - Se ha acreditado mediante pruebas de ADN que:
    - Evelyn Rojas (madre gestante subrogada) no es madre biológica de LNNR y CDNR
    - Fausto César Lázaro Seleco no es padre biológico de LNNR y CDNR
    - Francisco Nieves Reyes tiene un vínculo de paternidad biológica con LNNR y CDNR
  - *“La norma sanitaria (haciendo referencia al Artículo 7° de la Ley General de Salud) permite que el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida en aquellos casos en que exista identidad entre la madre genética y la madre gestante. Sin embargo, la referida norma no contempla consecuencia jurídica alguna, sea positiva o negativa, en el caso en que no se dé la identidad entre madre genética y la madre gestante, como ocurre en el presente caso (donante anónima/madre gestante). Por tanto se puede concluir que el*

*presente caso es uno que se encuentra fuera de la regulación establecida en el artículo 7° de la Ley General de Salud, situación que no trae como consecuencia su inaplicación (...) la verificación en los hechos de un supuesto no previsto en ella (vacío normativo) y en tanto no se encuentre prohibido dicho supuesto, resulta de aplicación el principio contenido en el párrafo a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, en tanto “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, por lo que dicha práctica se encuentra permitida al no encontrarse prohibición alguna”*

- La Sala Civil llega a la conclusión que la maternidad subrogada es una técnica que se encuentra permitida en nuestro ordenamiento, porque no existe una prohibición expresa de tal práctica, por tanto en aplicación del principio “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”, una persona puede optar por la técnica de “maternidad subrogada”. Asimismo, es importante resaltar que el órgano jurisdiccional reconoce la existencia de un vacío legal que debe ser regulado mediante principios generales.
- En este punto, es importante que reiteremos que la doctrina representada por Paula Siverino<sup>125</sup> tiene una postura similar a la adoptada por el Juzgado, al señalar que “*el sentido literal de este condicionamiento cae en el absurdo, puesto que si la madre genética y gestacional es la misma persona; estamos hablando en la gran mayoría de los casos del supuesto natural de embarazo que no requiere, por lo tanto, del uso de las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, refiere que las prohibiciones no pueden interpretarse de una manera analógica, sino que deben estar explicitadas o se vulnerará el principio que establece “aquello no está prohibido, está permitido”*”.
- En ese sentido, tenemos que la Sala Civil concluye que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito porque no existe normativa alguna que prohíba expresamente el uso de esta técnica.

---

<sup>125</sup> Siverino, Paula, Op. Cit. p. 18

- *“La gestación efectuada mediante útero subrogado que se acredita en el presente caso se ha llevado a cabo con un motivo humanitario”*
  - Si bien el órgano jurisdiccional reconoce que la práctica de “maternidad subrogada” está permitida en nuestro ordenamiento, también establece un límite en su uso, que se identifica con fines altruistas.
  - Tal es así que la Sala refiere que la gestación subrogada debe ser planteada en términos altruistas, en la cual la madre subrogada acepta libremente ayudar a una pareja, los subrogantes, en la gestación de un hijo, sin atentar contra su integridad física o moral. Además precisa que si se trata de un acto libre de la madre subrogada que no viola su autonomía y hecho por un acto de solidaridad humana, la subrogación puede ser aceptada moralmente.
  - Este argumento encuentra sustento legal en el Artículo 6° del Código Civil que establece que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.
- *“Se puede observar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau mediante métodos científicos y que no se encuentren proscritos por la legislación nacional (...) Siendo así, el reconocimiento de dicha realidad debe ser prioritario para el Estado para la concreción absoluta de dicho derecho fundamental, situación que en autos no se observa (...). Por tanto, dicho derecho no puede ser restringido por la negativa administrativa de la entidad demandada en registrar un hecho que ha sido constatado en forma objetiva mediante la ciencia, que supera abiertamente la legalidad existente (...)”*
  - La Organización Mundial de la Salud ha establecido un concepto amplio de salud, entendiéndose como “un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o

enfermedades”<sup>126</sup>; por tanto ante algún problema de infertilidad, el derecho a la salud implica poder ejercer diversas técnicas de reproducción asistida que permitan lograr el estado de completo bienestar (es decir “salud”).

- Ahora, siendo que la infertilidad es un problema de salud pública, éste debe ser atendido por el Estado Peruano; pero esta atención no debe limitarse únicamente a listar o prohibir en forma genérica las técnicas de reproducción asistida, sino que resulta necesario que se brinde las facilidades para que los padres puedan reconocer a su hijo concebido mediante maternidad subrogada, sin que las instancias administrativas formulen obstáculos; ello con el objeto de permitir la protección y respeto de los padres como del menor.
  - Asimismo, debe notarse que el Estado cae en un contrasentido; ya que inicialmente permite el uso de técnicas de reproducción asistida, sin embargo no ofrece una adecuada regulación de las consecuencias derivadas de las técnicas (como es el reconocimiento del menor concebido).
  - Finalmente, en este punto debe advertirse que la Sala Civil refiere que ha quedado demostrado que el ordenamiento jurídico peruano no responde de forma adecuadas a las nuevas realidades científicas que precisamente permiten concretar la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas, con pleno respeto de su dignidad como ser humano.
- *“Si bien es cierto que el Certificado de Nacido Vivo, al que refiere el inciso a) del artículo 25° del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-98-PCM, resulta el sustrato por el cual se produce la inscripción de los recién nacidos en RENIEC, no es menos cierto que el formato correspondiente resulta a la identidad entre madre genética y biológica que contempla el artículo 7° de la Ley General de Salud, sin que se haya permitido la existencia de un supuesto distinto a aquél, como el del presente caso”*
- Lo expresado por la Sala resulta completamente cierto, ya que el formato del Certificado de Nacido Vivo no permite consignar información respecto

---

<sup>126</sup> [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

de alguna técnica de reproducción asistida; y, para el caso de maternidad subrogada, no permite distinguir entre la madre gestante y la madre biológica o en favor de quien se llevó el embarazo.

- Tal es así que volvemos en la idea desarrollada previamente referida a que nuestra legislación no es clara al regular el tema de “maternidad subrogada”, lo que nos lleva a afirmar que sería una técnica permitida; sin embargo, no se brinda las facilidades para que los padres puedan reconocer a su hijo concebido mediante maternidad subrogada, quedando evidenciado que el primer obstáculo se presenta al momento del nacimiento del menor, pues el instrumento primigenio que lo identifica, no permite consignar información real de los padres que acudieron a la técnica de maternidad subrogada para lograr tener un hijo.
- Lo desarrollado puede notarse del formato del Certificado de Nacido Vivo, en el que únicamente se consigna el ítem de la mujer que dio a luz, pero ésta – en el caso de la maternidad subrogada – no permitió su material genético, sino únicamente fue portadora del bebé de otras personas.
- *“En ese sentido, si bien se verifica que, como consecuencia de ello, se ha inscrito a la madre gestante como uno de los progenitores de los dos menores, no menos cierto es que dicha situación que en apariencia resulta legal, siguiendo el principio general del Derecho Romano “Mater Semper certa est, etiamsi vulgo conceperit” (la madre siempre es cierta, aunque hubiere concebido de vulgo), pero que no responde a la realidad de los hechos (...) Siendo así, aun cuando el Certificado de Nacido Vivo haya registrado en forma errónea a la madre gestante perteneciente a la pareja colaboradora en el tiempo del parto, corresponde que se declare la nulidad de las respectivas partidas de nacimiento, en tanto se encuentra afectado principalmente el derecho de los menores*
- En el caso de autos, se determinó científicamente que esposos Lázaro-Rojas no son los padres biológicos de los menores; y, además tanto los esposos Lázaro – Rojas y esposos Nieves – Ballesteros concuerdan en que celebraron un contrato de vientre de alquiler, siendo importante la

existencia de la voluntad procreacional de Francisco Nieves y Aurora Ballesteros quienes tuvieron el deseo de tener hijo.

- Con ese antecedente, e independientemente de la validez del contrato de maternidad subrogada, debe analizarse el “interés superior del niño”, a fin de determinar la mejor opción para el desarrollo y crecimiento del menor. Tal es así que la Sala opina que – en atención del principio interés superior del niño – los menores deben ser registrados como hijos de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Ballesteros Vereau, no solo porque el primero de ellos es el padre genético de los menores y que ambos tuvieron la decisión de ser padres, sino también porque actualmente tienen la guarda de los menores, comportándose con todos los derechos y deberes de la paternidad/maternidad.
  - Finalmente, el órgano judicial resalta el derecho a la identidad de los menores, ya que *“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”*
  - Frente a lo expresado, podemos notar que jurisprudencialmente el derecho a la identidad tiene una relación estrecha con el derecho al nombre, el cual incluye los prenombrados y apellidos de los padres; y, es a partir del “nombre” que la identidad de una persona se empieza a desarrollar.
- *RENIEC observa que la sentencia no precisa cuál es el vínculo filial que se debe reconocer, sean sanguíneo o adoptivo*
- Al respecto, la Sala identifica que nos encontramos frente un supuesto excepcional no regulado por la ley nacional, producto de la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, en el que debe reconocerse que los esposos Nieves-Ballesteros un parentesco afectivo-social producto de la inicial voluntad procreacional que tuvieron ambos padres, quienes intentaron serlo sin éxito.

c. Decisión

CONFIRMARON la Sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 21 de febrero de 2017, que declara fundada la demanda; en consecuencia, declara nulas las Resoluciones Registrales N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC; asimismo, declara nulas las Actas de Nacimiento N° 30022117908 y 3002217885 y se ordena a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales LNNR y CDNR donde conste como sus apellidos (paterno y materno) los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas Actas de Nacimiento, mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días.

## 2.9. Conclusiones del Caso

Del análisis del Expediente N° 6374-2016 (Sentencia de Primera Instancia y Sentencia de Vista), podemos concluir que la maternidad subrogada está siendo tratada por la jurisprudencia en función a los siguientes razonamientos:

- La maternidad subrogada es un supuesto excepcional no regulado por la ley nacional, ya que está demostrado que el ordenamiento jurídico peruano no responde de forma adecuada a las nuevas realidades científicas.
- Toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico que considere conveniente; resaltando que los derechos involucrados son el derecho a la salud reproductiva, intimidad o vida privada; y, a formar una familia.
- Bajo el amparo del sistema convencional que vincula al Estado Peruano (como es la Convención Americana de Derechos Humanos), una persona tiene derecho a acudir a las técnicas de reproducción asistida.
- Además debe tenerse en cuenta que la infertilidad es un problema de salud pública que debe ser atendido por el Estado Peruano, quien debe encargarse de brindar la normativa adecuada que permita el acceso y uso a las técnicas de reproducción asistida, sin poner obstáculos o restricciones desproporcionadas e innecesarias.

- El Artículo 7° de la Ley General de Salud permite el uso de las TERAS en aquellos casos en que exista identidad entre la madre genética y la madre gestante. Sin embargo, tal norma no contempla consecuencia jurídica alguna (positiva o negativa) en el caso en que no se dé la identidad entre madre genética y madre gestante.
- La maternidad subrogada se encuentra fuera de la regulación establecida en el Artículo 7° de la Ley General de Salud, situación que no trae como consecuencia su inaplicación.
- En aplicación del principio “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe*” (Inciso 24, Artículo 2° de la Constitución Política del Perú); y, siendo que no existe una clara y expresa prohibición de usar la técnica de maternidad subrogada, se entiende que el contrato de maternidad subrogada se sustenta en el ejercicio legítimo del derecho a la salud reproductiva.

Es decir que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito.

- Si bien la técnica de maternidad subrogada no está prohibida, su empleo solo podría ser posible para fines altruistas, es decir que permitan la formación de una familia.
- El derecho a la identidad se encuentra vinculado al derecho al nombre. Tal es así, el supuesto en que no se permita consignar como apellidos del menor los apellidos de sus padres genéticos (quienes contrataron el vientre de alquiler) implica una vulneración al derecho a la identidad del menor.
- El Certificado de Nacido Vivo (Inciso a del Artículo 25° del Reglamento de Inscripciones del RENIEC) resulta el sustrato por el cual se produce la inscripción de los recién nacidos en RENIEC. Pero su formato sólo admite la identidad entre madre genética y madre biológica, sin permitir la existencia de un supuesto distinto, como es la maternidad subrogada.
- El hecho que en el Certificado de Nacido Vivo y en la Partida de Nacimiento se consigne como madre del menor a la mujer gestante, significa una vulneración al derecho al nombre e identidad.
- Los casos de maternidad subrogada deben ser analizados en función: a) el material genético aportado por los padres contratantes, b) los padres genéticos tuvieron la decisión previa de ser padres; y, c) el interés superior del niño.

- El menor concebido por la técnica de maternidad subrogada y los padres genéticos mantiene un vínculo afectivo-social derivado de la voluntad procreacional de estos últimos.

### **3. EXPEDIENTE N° 3102-2018-89**

#### **3.1. Materia:**

Proceso Penal – Delitos de Trata de Personas Agravado en la modalidad de Venta de Niños y Falsedad Ideológica

#### **3.2. Investigados**

- Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya (nacionalidad chilena)
- José Arnaldo Tovar Pérez (nacionalidad chilena)

#### **3.3. Audiencia:**

Apelación de Auto de Prisión Preventiva

#### **3.4. Hechos**

- Los señores José Arnaldo Tovar Pérez y Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya contrajeron matrimonio en el año 2005 en su país de origen Chile
- Debido a que los esposos Tovar – Madueño no pudieron concebir un bebé de forma natural, optaron por iniciar diversos tratamientos de fertilidad; sin embargo la señora Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya no podía llevar el embarazo a término, llegando a tener doce pérdidas.
- Ante tal situación, su médico tratante en Chile recomendó a la pareja chilena que acudan al Perú a la Clínica Concebir donde se desarrollaban técnicas de fecundación asistida más avanzadas.
- En el año 2017, el médico tratante de la Clínica Concebir (Dr. Noriega) les recomienda optar por la técnica de maternidad subrogada, considerando las pérdidas reiteradas y la edad de la señora Madueño.
- Tal es así que los esposos Tovar- Madueño celebran un contrato de Maternidad Subrogada con la señora Isabel Cachahua y su esposo, a fin que ésta última nombrada geste a los hijos de los esposos Tovar-Madueño.
- En ese sentido, se realizó el procedimiento con un óvulo donado y espermatozoides del Sr. Tovar; y, óvulos fecundados fueron implantados en el vientre de Isabel Cachahua.
- El embarazo llegó a término y los menores nacieron el 28 de julio de 2018.

Cabe indicar que según lo expresado en la Audiencia de Apelación en análisis, el abogado de los investigados refiere que al nacer los menores en la Clínica Delgado, se les expidió un Certificado de Nacido Vivo en el que se consignó como madre a la mujer que dio a luz; y, luego este documento fue llevado a la Clínica Concebir para ser cambiado por otro Certificado de Nacido Vivo que consigne los datos de los verdaderos padres (esposos Tovar – Madueño), y es con este instrumento que los esposos chilenos asentaron las partidas de sus hijos y obtuvieron los correspondientes DNI.

- Los esposos arribaron al Perú el 29 de julio de 2018 para conocer y recibir a sus menores hijos.
- En el mes de agosto, cuando los señores Tovar – Madueño decidieron regresar a Chile con sus hijos, fueron intervenidos en el Aeropuerto Jorge Chávez por autoridades migratorias.  
Tal intervención se realizó porque existía incongruencia en que los padres ingresaron al Perú el 29 de julio de 2018 y los menores nacieron el 28 de julio de 2018, situación que hizo pensar sobre la existencia de un caso de Trata de Personas.
- Frente a los hechos expuestos, la Fiscalía abrió investigación en contra de los esposos Tovar – Madueño por los presuntos delitos de Trata de Personas Agravado en la modalidad de venta de menores y Falsedad Ideológica.
- El Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao – mediante Resolución N° 02 de fecha 02 de setiembre de 2018) – declaró fundado en parte el pedido de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público.
- La defensa técnica presentó recurso de apelación en contra de la Resolución N° 02.

### **3.5. Los argumentos de defensa de los investigados**

- a. Debemos empezar mencionando que la defensa sustenta su apelación en la no configuración de los presupuestos necesarios para la prisión preventiva, los cuales tienen una connotación procesal penal, los cuales no serán considerados; sin embargo, se resaltarán los aspectos de la intervención de la defensa técnica que están íntimamente relacionados a la maternidad subrogada y derechos de los menores concebidos.

- b. Los investigados argumentan que el Juzgado de origen no ha considerado sus antecedentes, es decir la imposibilidad de tener hijos y su decisión de acudir a la técnica de reproducción asistida “maternidad subrogada”, con la única intención de formar una familia y no con la intención de algún tipo de violencia o aprovechamiento de los menores.
- c. Además que en el momento de la audiencia de apelación, se adjuntan los resultados de pruebas de ADN en los que se encuentra que el señor José Arnaldo Tovar Pérez es el padre biológico de los dos menores; por lo que no se puede considerar que el propio padre biológico incurra en el delito de Trata de Personas.
- d. En relación los numerales previos, podemos mencionar que la defensa técnica sustenta su postura en que la maternidad subrogada es un contrato lícito permitido por nuestro ordenamiento, ya que no existe norma alguna que lo prohíba. Por tanto, en aplicación del principio “Nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíba”, los esposos Tovar – Madueño tienen todo el derecho de acudir a la técnica de reproducción de maternidad subrogada.

Asimismo, se identifica que la maternidad subrogada no concuerda con los elementos del tipo del delito de Trata de Personas, es así que se reitera que la maternidad subrogada tendría un fin lícito.

- e. Un punto conveniente a desarrollar es que la defensa técnica señala que la maternidad subrogada no se encuentra legislada en nuestro país, es decir existe un vacío legal sobre el tema. Sin embargo, la línea jurisprudencial actual<sup>127</sup> y la Comisión de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad han establecido que la maternidad subrogada no está prohibida por ley.
- f. Así, al conocer un caso de maternidad subrogada, el órgano jurisdiccional competente – siguiendo la línea jurisprudencia y posición institucional – debe evaluar los hechos desde una óptica de prevalencia del principio del interés superior del niño y sus derechos; más aun considerando que es obligación del Estado afrontar la realidad de técnicas de reproducción asistida que el derecho no puede desconocer.

En este extremo, debemos señalar que es correcto lo desarrollado por la defensa técnica de los investigados, puesto que en nuestra legislación actual únicamente encontramos que las TERAS se encuentran reguladas en el Artículo 7° de la Ley

---

<sup>127</sup> Hace referencia a la Casación N° 563-2011-Lima (Caso de Adopción) y Expediente N° 6374-2016 (Acción de Amparo)

General de Salud, pero inclusive esta norma es poco clara para establecer el tratamiento que debe darse a la “maternidad subrogada”. Ante ello es que existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales es los que se ha establecido que: a) la maternidad subrogada está permitida en nuestro país porque no existe prohibición expresa, y b) Debe aplicarse el principio “Nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe”.

Ahora, no pasa desapercibido que ante los hechos mediáticos ocurridos, la Comisión de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad tuvo los siguientes pronunciamientos en las redes sociales:



**Poder Judicial Perú** @Poder\_Judicial\_ · 7 sept.

Caso **#maternidad #subrogada**: La Comisión de Acceso a la Justicia de Personas Vulnerables recuerda que, ante nuevas pruebas, jueces deben revisar de inmediato medidas de prisión preventiva dictadas para la cesación de las mismas a fin de evitar o superar situaciones de injusticia.



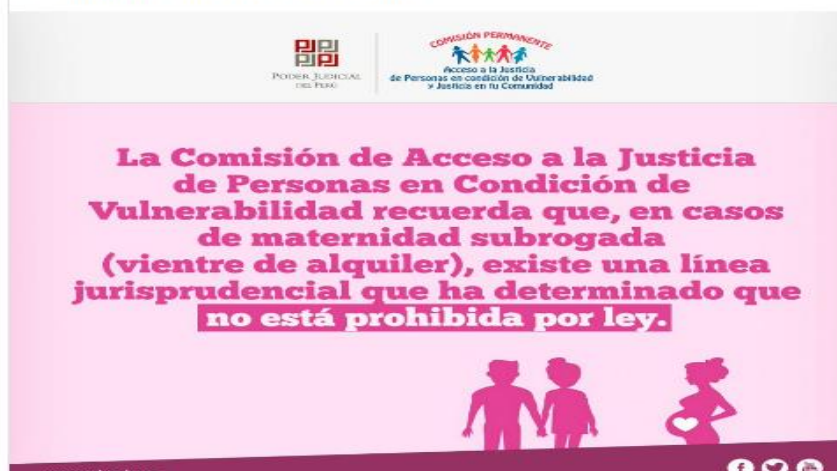
79 209 362



**Poder Judicial Perú**  
@Poder\_Judicial\_

En estos procesos se ha resuelto teniendo como norte la **#prevalencia** del Principio del Interés Superior del Niño/a, en atención a su derecho a una familia y estar protegidos por sus integrantes, según obligaciones del Estado ante esta realidad que el Derecho no puede desconocer.

**Poder Judicial Perú** @Poder\_Judicial\_



Estos pronunciamientos oficiales por parte del Estado nos permiten reafirmar nuestra tesis que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito, encontrándose plenamente permitida su actuación en nuestro país.

### **3.6. Los argumentos desarrollados por el Ministerio Público**

a. Inicialmente la representante del Ministerio Público reconoce que la Fiscalía incurrió en errores en primera instancia, específicamente el iniciar una investigación por el delito de “Trata de Personas” sin valorar de forma adecuada los elementos de convicción existentes que evidenciaban que los esposos Tovar – Madueño realizaron la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. Y, la justificación del actuar indebido la encuentra en que el Artículo 7° de la Ley de Salud permite el uso de técnicas de reproducción asistida para tratar la infertilidad, pero este dispositivo solo identifica el supuesto en que la madre genética y la madre gestacional sea la misma persona. Por tanto, este dispositivo se encuentra desfasado y no brinda una regulación adecuada a la técnica de maternidad subrogada.

A mayor explicación, se desarrolla que el error incurrido por la Fiscalía se genera por los vacíos legales existentes, especialmente sobre el tema de la filiación de los menores concebidos por la técnica de maternidad subrogada.

En este punto podemos verificar que el vacío legal en la regulación de la técnica de maternidad subrogada da la apariencia –inclusive en profesionales de derecho, como son los fiscales – que se trata de una práctica ilegal o no permitida, situación que se aleja de la realidad conforme ha sido desarrollado en este trabajo de investigación.

Pero lo más grave de esta deficiencia normativa es que se vulneran derechos tanto de los padres que acuden a la técnica como de los menores concebidos por maternidad subrogada.

Y, tal es el grado de afectación existente en nuestro país y el desconocimiento sobre el tema por los magistrados, que se ha llegado a dictar prisión preventiva a unos esposos que en el pleno uso de su derecho de salud reproductiva y conforme a derecho, optó por el uso de la maternidad subrogada para lograr su sueño de formar una familia.

b. La Fiscalía argumenta que ante los hechos expuestos, no resulta adecuado dictarse una medida de prisión preventiva en relación al delito de “Trata de Personas”; sin

embargo, tiene una posición diferente para la investigación del delito de “Falsedad Ideológica”.

- c. Respecto a la “Falsedad Ideológica”, tenemos que en la fecha de nacimiento de los menores, la Clínica en donde ocurrió el parto otorgó a la madre gestante Isabel Cachachua el Certificado de Nacido Vivo en el cual se consigna los datos de la madre sustituta.

Pero este instrumento es entregado en la clínica Concebir para ser cambiado por otro Certificado de Nacido Vivo en el que se consigne los correctos datos genéticos, consignado los nombres de los esposos Tovar – Madueño. Y, en virtud de este nuevo certificado, se asienta las partidas de nacimiento y se obtiene el DNI.

- d. La Fiscalía sostiene que si bien es cierto existe línea jurisprudencial en la que se reconoce como padres de los menores concebidos por técnicas de reproducción asistida a quienes tuvieron la “voluntad procreacional”, debe notarse que ello ha ocurrido en el marco de un proceso judicial en donde se ejerce un control para determinar a los padres en función del interés superior del niño.

Sin embargo, la deficiencia normativa sobre la maternidad subrogada no trae como consecuencia que cualquier persona puede cambiar un Certificado de Nacido Vivo y consignar como padres a la persona que considere tiene tal calidad; es decir que cualquier persona no puede decidir sobre la filiación de un menor.

Por tanto bajo ese razonamiento, la Fiscalía se mantiene en que los hechos vinculados a la filiación de los menores deben ser objeto de investigación; pero que la medida de prisión preventiva también resulta ser desproporcionada, debiendo dictarse una medida diferente.

- e. Este caso nos permite mostrar que pese a que la maternidad subrogada está permitida en nuestro ordenamiento, el sistema no permite su ejercicio en su integridad, ya que desde el nacimiento del menor concebido por la técnica de reproducción asistida se presenta el problema de su filiación, específicamente desde el primer instrumento que identifica al menor (Certificado de Nacido Vivo) no se permite reconocer a los padres biológicos del menor, que tuvieron la intención procreacional.

A mayor explicación, al nacimiento del menor concebido por maternidad subrogada, en el establecimiento de salud se identifica como su madre a la mujer gestante (persona que no aportó material genético), ya que no existe la opción en el Formulario correspondiente de incluir en el Certificado de Nacido Vivo datos

de una tercera persona (como sería la madre con voluntad procreacional o genética), lo cual implica una vulneración a los derechos de los padres, pero también a los derechos del menor, como son: derecho a la identidad, derecho a la verdad biológica, derecho al nombre.

Ahora, siendo que el Certificado de Nacido Vivo es un instrumento vital para la inscripción del menor, su identificación, la expedición de la Partida de Nacimiento y el DNI, no puede ser sujeto de modificaciones unilaterales y sin control, más aún cuando la legislación no permite que un ajeno al Centro de Salud en donde ocurrió el parto cambie el Certificado y consigne los datos que – a su criterio – son los correctos.

Cabe indicar que coincidimos con la defensa cuando señala que lo correcto es incluir los nombres de los padres con voluntad procreacional en el Certificado de Nacido Vivo, Partida de Nacimiento y DNI, pero ello lamentablemente no se encuentra permitido en nuestra legislación, situación que evidencia que la maternidad subrogada no solamente se limita a su autorización o prohibición legal, sino que tiene más consecuencias a ser tratadas, siendo una inmediata y urgente la determinación del procedimiento de filiación e identificación de los padres del menor concebido por esta técnica de reproducción asistida.

- f. Debe notarse que – advirtiendo los argumentos expresados en el desarrollo de la audiencia de apelación – si los padres biológicos con voluntad procreacional incluyen sus datos en los documentos que identifican a su menor hijo estarían incurriendo en el delito de “Falsedad Ideológica” o “Indebida Filiación”, quedando obligados a iniciar acciones legales que permitan su reconocimiento de padres. Reiteramos nuestra tesis, el hecho que nuestro sistema no permita que los padres que acudieron a la técnica de reproducción asistida reconozcan a sus hijos, significa una grave vulneración al derecho a la identidad del menor, ya que éste último será considerado como hijo de una tercera persona ajena (madre sustituta) durante todo el tiempo en que se desarrolle el correspondiente proceso judicial. Además del análisis jurisprudencial, se advierte que las posibles acciones a tomar serían iniciar un proceso legal, en el cual el padre biológico y con voluntad procreacional solicita ser padre adoptivo de su propio hijo; o, en su defecto podría optar por una Acción de Amparo.

### 3.7. La decisión de la Sala Penal de Apelaciones del Callao

- a. La Primera Sala Penal de Apelaciones del Callao resuelve el recurso de apelación formulado por la defensa técnica de los esposos Tovar – Madueño mediante la Resolución N° 05 de fecha 08 de setiembre de 2018.
- b. La Sala Penal toma en cuenta que:
  - Los investigados desde el año 2010 iniciaron tratamientos de fertilidad, pero tuvieron resultados negativos
  - La existencia de un contrato de maternidad subrogada
  - La madre gestante o sustituta reconoce que los niños a los que dio a luz no son sus hijos, sino de los esposos Tovar – Madueño
  - La prueba de ADN concluye que los menores son hijos de José Tovar.

Y, en mérito de ello, señala que no existen suficientes y fundados elementos de convicción para vincular a los hechos con el delito de Trata de Personas.

- c. Al pronunciarse sobre la maternidad subrogada, reconoce que la misma no cuenta con una regulación legal expresa.

Sin embargo, refiere que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (28.11.2012) estableció que las personas con problemas de infertilidad pueden optar por el uso de técnicas de reproducción asistida, no debiendo encontrar obstáculo o impedimentos por parte del Estado.

Bajo ese entender, y realizando un control convencional, el Estado Peruano se encuentra obligado a respetar las decisiones de la CIIDH; la Sala sustenta que la maternidad subrogada estaría permitida en nuestro país, más aun en aplicación del principio “Nadie está impedido de hacer lo que la Ley no prohíbe” (Artículo 2, inciso 24 de la Constitución Política del Perú).

- d. En relación a la filiación y al reconocimiento de los menores, refiere que los concebidos bajo la técnica de maternidad subrogada también son sujetos de derecho, que les asiste a tener un nombre, nacionalidad, conocer a sus padres, ser cuidado por ellos y a ser inscrito en el registro civil después de su nacimiento; sin embargo, advirtiendo que en la Partida de Nacimiento y DNI figuran los nombres de los esposos Tovar – Madueño, considera que tales hechos deben ser investigados en la vía correspondiente a fin de determinar la comisión del delito.
- e. Finalmente, la Sala resuelve la apelación conocida revocando la Resolución N° 02 y la reforman: a) En relación al delito de Trata de Personas se declara infundado

el pedido de prisión preventiva, y b) En relación al delito de Falsedad Ideológica, se dicta la medida de Comparecencia Restrictiva.

### 3.8. Conclusiones del Caso

- Existe coincidencia entre los Jueces, el Fiscal y abogado de la defensa técnica en concluir que el Artículo 7° de la Ley General de Salud no regula de forma adecuada a las TERAS, especialmente a la técnica de maternidad subrogada.
- La maternidad subrogada no tiene una prohibición legal expresa, por tanto el contrato de maternidad subrogada es lícito. Además ello encuentra sustento en:
  - a) El principio “Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe” (Artículo 2, Inciso 24 de la Constitución Política del Perú)
  - b) La línea jurisprudencial desarrollada sobre el tema de maternidad subrogada
  - c) El control difuso, relacionado al pronunciamiento de la CIDH en el caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica*
- El uso de la técnica de maternidad subrogada no constituye el delito de Trata de Personas; pero los vacíos legales en el tema generan confusión en los profesionales del derecho (jueces, fiscales, abogados) así como en la sociedad; llegando a tener la concepción que la maternidad subrogada está prohibida.
- Pese a que la maternidad subrogada se encuentra permitida en nuestro país, existen obstáculos para que los menores nacidos bajo esta técnica puedan ser reconocidos por sus padres biológicos y con voluntad procreacional, ya que no pueden ser consignados como padres en el Certificado de Nacido Vivo, Acta de Nacimiento y DNI. Tal situación evidencia una vulneración a los derechos del menor: a la identidad, verdad, conocer el origen biológico, al nombre, a conocer a sus padres, a ser inscrito en el registro civil inmediatamente después de su nacimiento, etc.
- En caso se consignen los datos de los padres biológicos y con voluntad procreacional en el Certificado de Nacido Vivo (que no reflejaría el hecho del parto ocurrido), el Acta de Nacimiento y DNI, puede ser considerado como delito de “Falsedad Ideológica” o “Indebida Filiación”; por tanto, los padres se verán obligados a tomar acciones legales para que sean reconocidos como padres de sus hijos. Tal situación nuevamente muestra una vulneración a los derechos del menor: a la identidad, verdad, conocer el origen biológico, al nombre, a conocer a sus padres, a ser inscrito en el registro civil inmediatamente después de su nacimiento, etc.

#### 4. ANTEPROYECTO DE LEY

Como consecuencia del caso de la pareja chilena esposos Tovar – Madueño, se ha evidenciado que nuestra legislación está desfasada respecto a las técnicas de reproducción asistida, cuya práctica viene aumentando; y, ante tal realidad, el derecho no puede permanecer ajeno sino que debe brindar una regulación adecuada que permita garantizar la seguridad y respeto de los derechos de los padres que acuden al uso de las TERAS y a los menores concebidos bajo el uso de las TERAS.

En ese sentido, tenemos que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha elaborado un anteproyecto sobre el uso de técnicas de reproducción humana asistida; ello a fin de llenar los vacíos legales existentes en la Ley General de Salud.

Tal es así que se dispuso la publicación del citado anteproyecto mediante la Resolución Ministerial N° 416-2018-JUS del 05 de octubre de 2018; la cual establece un plazo de 15 días calendario a fin de que las personas interesadas envíen sus sugerencias, comentarios o recomendaciones.

##### 4.1. Los aspectos relevantes del anteproyecto que abordaremos son:

##### 4.1.1. La modificación del Artículo 7° de la Ley N° 26842

Texto Actual y vigente	Texto del Anteproyecto
<p>Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.</p>	<p>Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción medicamente asistida acreditadas científicamente.                      Para la aplicación de dichas técnicas, se requiere del consentimiento previo, expreso e informado de los cónyuges o convivientes progenitores y de ser el caso, de la gestante por subrogación.                      Puede efectuarse la revocación de voluntad, según sea el caso, hasta antes de la inseminación intrauterina o la fecundación in vitro. En el caso de la gestación subrogada, la revocación puede darse hasta antes de la transferencia embrionaria.                      Está prohibida la fecundación con fines distintos a la procreación así como la clonación de seres humanos.</p>

El Anteproyecto contiene en la modificación del Artículo 7° de la Ley General de Salud una mejor y más clara regulación de la técnica de maternidad subrogada, ya que:

- Quedaría claro legalmente que la maternidad subrogada está permitida en el Perú
- Como requisito previo para utilizar la técnica de maternidad subrogada, se necesita contar con el consentimiento previo, expreso e informado de los cónyuges o convivientes progenitores y la madre subrogada.
- La madre subrogada puede revocar su voluntad hasta antes de la transferencia embrionaria.

#### **4.1.2. Incorporación del Artículo 7°-A**

*Para brindar servicios de reproducción humana medicamente asistida las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) deberán contar con la autorización del Ministerio de Salud.*

Esta incorporación consideramos que implica una “formalización” del uso de las técnicas de reproducción asistida, ya que los servicios de asistencia médica serán prestados por instituciones que cuenten con la autorización del Ministerio de Salud, es decir que se encontrarían – y por ende también el uso de las técnicas – bajo el control del Estado.

#### **4.1.3. Incorporación del Artículo 7-B**

*La evaluación de la condición médica de los progenitores y de la gestante por subrogación, está a cargo de la Junta Médica de la Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPRESS, bajo responsabilidad*

Esta incorporación guarda concordancia con la referida previamente, puesto que la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada se encontrará a cargo de una IPRESS y por tanto ésta se hace responsable de evaluar medicamente a los padres con intención procreacional y la madre gestante, a fin de determinar si procede o no el uso de la técnica.

Este aspecto es importante, porque brinda mayor seguridad a las personas que pretenden un embarazo mediante un vientre de alquiler, a fin de realizar un adecuado control médico a la madre gestante y así lograr un embarazo exitoso.

Asimismo, esta medida protege a la madre gestante, quien se encontrará bajo control y seguimiento médico.

Cabe reiterar que el regular que la maternidad subrogada se encuentra permitida y que se determine que su control y práctica esté bajo la supervisión del Ministerio de Salud evidencia una muestra del Estado de afrontar el problema de muchas parejas: la infertilidad; y, toma acciones que garanticen su derecho a la salud reproductiva.

#### **4.1.4. Incorporación del Artículo 7°-E**

*La gestación subrogada es la acordada entre una mujer y los cónyuges o convivientes progenitores que expresan su voluntad para tener descendencia, siempre y cuando su condición médica impida llevar la gestación por cuenta propia.*

*Dicho acuerdo debe ser altruista, voluntario, excepcional y confidencial para terceros. Este no genera ningún tipo de subordinación.*

*Entre el embrión y al menos uno de los progenitores existe correspondencia genética. En ningún caso, la gestante por subrogación es la cedente de los óvulos fecundados. La identidad de la gestante por subrogación es confidencial para terceros, salvo las excepciones previstas en el reglamento.*

Este artículo brinda mayores luces sobre la regulación de la maternidad subrogada; identificando aspectos resaltantes:

- La maternidad subrogada únicamente será permitida cuando la madre con voluntad procreacional no pueda llevar el embarazo por cuenta propia.  
Es en este punto en donde encuentra mayor sentido el requisito de la evaluación médica previa, en la que se determinará el cumplimiento del primer presupuesto para acceder a la técnica de reproducción asistida.  
Y, además se entenderá que este método de reproducción asistida sería la última opción de los padres ya que tendrían que agotar otras técnicas que permitan a la madre biológica llevar por sí el embarazo.
- El uso de la técnica de maternidad subrogada será legal en tanto medie un acuerdo altruista entre los progenitores y la madre sustituta, es decir que no debe existir una contraprestación a cambio de llevar un embarazo; porque la

esencia de este acuerdo es ayudar a una pareja a cumplir su sueño de tener hijos y formar una familia.

Por tanto, nuestra legislación adoptaría una postura que permite la técnica de la maternidad subrogada pero únicamente para fines altruistas.

Asimismo, cabe referir que el acuerdo entre los progenitores y la madre sustituta tendría la característica de ser “excepcional”, es decir que no se trataría de información para conocimiento público.

- Entre el embrión y al menos uno de los progenitores, exista correspondencia genética.

Esto significa que el embrión a implantarse en el útero subrogado debe haber sido concebido con: a) con el espermatozoides del padre con intención procreacional y un óvulo donado, b) con el óvulo de la madre con intención procreacional y espermatozoides donado; o, c) con el espermatozoides del padre con intención procreacional y el óvulo de la madre con intención procreacional; pero, en ningún caso procederá esta técnica ante la donación del óvulo y el espermatozoides.

En este sentido, la técnica de maternidad subrogada estará permitida siempre que el menor concebido guarde una relación genética con uno de los progenitores.

Pero además otro punto es que no se permite que la madre subrogada done sus óvulos, lo cual resulta razonable porque el hecho que la mujer done el óvulo y lleve el embarazo la convertiría en la madre genética y biológica del menor, desvirtuando a la técnica de maternidad subrogada.

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

#### **4.1.5. Incorporación del Artículo 7°-F**

*La filiación que se deriva de la reproducción humana médicamente asistida está basada en la voluntad procreacional, por lo que la relación filial se genera entre el concebido y los progenitores. Esta filiación no puede ser impugnada por las causales establecidas en los artículos 363, 366 y 371 del Código Civil, salvo cuando no se haya otorgado consentimiento según lo dispuesto. No se genera vínculo filial entre el concebido y el cedente o la gestante por subrogación.*

Esta propuesta de modificación resulta muy importante en defensa del derecho a la identidad, nombre y verdad biológica del menor concebido mediante la técnica

de la maternidad subrogada, puesto que permite su reconocimiento por sus padres biológicos quienes tuvieron la intención procreacional; y, así se elimina la presunción que la mujer que da a luz es la madre del menor nacido. Y, así los padres biológicos y con intención procreacional no se verán obligados a iniciar procesos legales.

Asimismo, conviene resaltar que este dispositivo recogería lo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia que establecen que la relación filial entre padres e hijo se fundamenta en la voluntad procreacional la cual se deriva de un parentesco afectivo – social<sup>128</sup>.

Además debemos hacer notar que el dispositivo legal recomendado prohíbe la impugnación de la filiación por las causales contenidas en el Artículo 363° del Código Civil (Negación de la Paternidad), Artículo 366° del Código Civil (Contestación de la Paternidad) y Artículo 371° del Código Civil (Impugnación de la maternidad).

#### **4.1.6. Incorporación del Artículo 7-G**

*En ningún caso, el uso de técnicas de reproducción humana medicamente asistida supone incentivo económico o comercial que puedan derivarse de la cesión de gametos y de la gestación subrogada. No obstante, los convivientes progenitores asumen solidariamente los gastos derivados de procedimientos de reproducción asistida y/o gestación subrogada según corresponda.*

Este dispositivo reitera que la maternidad subrogada sólo está permitida con fines altruistas, no pudiendo establecerse una contraprestación a cambio del útero subrogado en el que se implantarán embriones y permitirá llevar un embarazo; sin embargo, si se autoriza a que los padres progenitores asuman los gastos propios del tratamiento de reproducción asistida.

Sobre el tema, y siendo realistas, debe tenerse especial cuidado en este extremo, porque pueden encubrirse pagos a favor de la madre subrogada bajo el concepto de gastos médicos; lo cual desvirtuaría la técnica permitida y generaría un comercio de vientres para el nacimiento de menores.

---

<sup>128</sup> El parentesco afectivo social es desarrollado por la Tercera Sala Civil de Lima en el Expediente N° 6374-2016-0-1801-JR-CI-05

#### 4.1.7. Tercera Disposición Complementaria Final

*Crease el Registro Nacional de Cedentes de Gametos, gestantes por subrogación e IPRESS autorizadas, a cargo del Ministerio de Salud, cuya implementación es regulada conforme al Reglamento.*

En este extremo, se advierte que el Ministerio de Justicia considera conveniente contar con un Registro Nacional de Gestantes por Subrogación, lo cual significa que no cualquier persona podrá ser la madre sustituta sino que deberá estar inscrita en el registro correspondiente a cargo de salud, habiendo previamente cumplido los requisitos que se establezcan en su oportunidad.

De la revisión del Anteproyecto referido puede notarse que el Estado recientemente ha tomado conciencia de la realidad social en la que vienen utilizándose técnicas de reproducción asistida como es la maternidad subrogada y reconoce que es una necesidad urgente contar con una regulación, a fin de evitar problemas derivados del nacimiento de menores concebidos por la técnica de maternidad subrogada, especialmente el aspecto relacionado a su filiación que se encuentra muy identificado con el derecho del menor a la identidad, a un nombre, a la verdad biológica y a ser registrado inmediatamente después de su nacimiento.

No dejando de mencionar que esta iniciativa es importante, debemos señalar que aún estamos frente a un anteproyecto pendiente de evaluación y aprobación. Pero además, debe tenerse en cuenta que esta actitud del Estado es solamente el inicio porque la regulación de la técnica de la maternidad subrogada y sus consecuencias es un largo camino por recorrer, ya que debe actualizarse todo el sistema administrativo a fin que en la práctica, los menores concebidos por TERAS logren ser reconocidos por sus padres biológicos y con intención procreacional, sin obstáculos o burocracia previa.

Así por ejemplo tenemos que:

- Los centros de salud y profesionales médicos puedan consignar en el Certificado de Nacido Vivo los datos de la madre y padre genéticos y con voluntad procreacional.
- La Partida de Nacimiento y DNI sean expedidos en virtud de la relación de parentesco afectivo – social existente entre los progenitores y el menor, sin que exista algún obstáculo administrativo

Finalmente se aprecia que el anteproyecto dispone que al aprobarse la ley, se deberá emitir el correspondiente reglamento, el cual debe abordar los aspectos prácticos del reconocimiento de la técnica de maternidad subrogada.

## 5. EVIDENCIA EMPÍRICA Y COSTO SOCIAL

Constituye evidencia de los hechos expuestos en el presente trabajo de investigación, el hecho que el uso o práctica de la maternidad subrogada existirá, aunque la legislación nacional no la abarque como una posibilidad mediante la cual las personas puedan generar su descendencia.

Ante ello, la necesidad o el interés legítimo que existe en una regulación que contemple a la actividad, se hace imprescindible que se expongan los hechos que se generan y que se dejen de lado por parte del Derecho, a continuación:

### 5.1. Evidencias

**Diario Perú 21, edición del 27 de enero de 2012. Información recuperada el 20 de agosto de 2019, de: <http://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/se-incrementan-mafias-que-ofrecen-vientres-alquiler-2009279>**

En la exposición de la noticia recuperada, se puede denotar que a la fecha existen clínicas de fertilización que practican la maternidad asistida, a pesar que dicho servicio no se encuentra dentro de sus servicios regulares, por ende se sujeta únicamente a la discrecionalidad de la clínica, incluso esta práctica no estaría sujeta a la competencia en el mercado por brindar un mejor servicio y captar más clientes, pues se encuentra aislada y por tanto no existe incentivo en las clínicas y operadores de salud por innovar con seguridad y eficiencia. Un hecho que demuestra que la falta de regulación sobre la materia, genera situaciones en las cuales no es posible atribuir responsabilidades para cada una de las partes con un aval de norma legal, sino que incluso podría estarse pactado informalmente, contra Derecho.

El mercado en el sector de la salud, es precisamente un indicador o referente, respecto de la atención que el estado le presta a la materia, que si bien por un lado no se trata de una práctica penalizada en forma directa, pero mantiene la posibilidad en la cual, las asistencias médicas realizadas a favor de personas que optan por esta modalidad de acceder a la paternidad, generen ilícitos penales y ante ello es que se genera un incentivo a actuar al margen de la legalidad.

**Diario Perú 21, edición del 27 de enero de 2012. Información recuperada el 28 de agosto de 2019, de <http://peru21.pe/2012/01/27/actualidad/piden-al-congreso-disenar-marco-legal-sobre-vientres-alquiler-2009325>**

Esta noticia, revela por otro lado, que a la fecha se encuentra pendiente que el poder legislativo genere un marco jurídico básico que contemple los lineamientos a seguir para este tipo de servicios, en ese sentido es importante reconocer que toda actividad no regulada, corre el riesgo de ser operada al margen de la legalidad, aunque no se encuentre penalizada, como ocurre por ejemplo, con la prostitución, que no es un delito, pero lo que gira en torno a ella sí, como el favorecimiento de la misma o el rufianismo.

**Reportaje periodístico publicado por el diario La República, edición del 13 de diciembre de 2006. Información recuperada el 03 de setiembre de 2019, de <http://www.larepublica.pe/13-12-2006/canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima>**

El reportaje mencionado, revela la situación real de los denominados vientres de alquiler en nuestro país, pues se denota que en el territorio nacional, un grupo extranjero venía empleando a mujeres peruanas para que pudieran realizar el servicio de prestar su vientre para un embarazo, a cambio de un contraprestación económica, es decir como cualquier servicio en el mercado. Ello por un lado no es éticamente reprochable, si reconocemos la propiedad sobre el cuerpo humano, pero la falta de reconocimiento por parte del estado, de esta práctica no asegura un panorama que pudiera ser el indicado para las condiciones de seguridad que requiere este tipo de práctica, en ese caso y ante las evidencias mencionadas, es necesario analizar el costo social que esto implica.

## **5.2. Sobre los costos sociales**

Para este ítem, es necesario tomar en cuenta que el costo social, fue desarrollado de la mano de un economista británico, llamado Ronald Coase<sup>129</sup>, quién definió en primer lugar la idea de los costos de transacción, que no son otra cosa que aquellas erosiones que sufren las partes que van a celebrar un contrato, por lo que contratar

---

<sup>129</sup> Ronald Harry Coase (29.12.1910 – 2.09.2013), fue un economista y abogado británico y profesor emérito en la Universidad de Chicago.

cuesta<sup>130</sup>. En ese sentido, cuando dos partes necesitan realizar una transacción, y la transacción no cuenta con el respaldo de la legalidad, entonces estos costos aumentan exponencialmente, por el riesgo que se incurre en realizarla.

Llevando ello al campo de la maternidad asistida, en primer lugar nos encontramos con un problema de coste individual, o de las partes, en el cual optan por tomar una decisión de indagar sobre las opciones disponibles y asumen esos costos, para luego decidir si tomar o no el servicio ofrecido, asumiendo nuevos costes que derivarían desde dejar de tomar otras opciones, entre las cuales podría estar no emplear este método o emplearlo con otra clínica o médico con mejores condiciones de oferta, hasta aquellos en los que incurren al optar por ser padres.

Por otra parte y acercándonos al tema controvertido, el costo social, que no es otro que aquel que se identifica sobre la base de los costos de transacción y esboza que si estos son iguales a cero, entonces no importa que solución legal se tome, pues las partes involucradas con transacciones mercantiles, llegarán a la solución más eficiente; y por otro lado también considera que si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, entonces sí importa la solución legal que se tome para llegar a la solución más eficiente<sup>131</sup>. Esto quiere decir que lo más eficiente es que se den este tipo de intercambios, es decir los de los vientres de alquiler, pues la solución legal en este momento no existe y las partes pueden llegar a un solución mucho mejor, pero sin embargo confiar el hecho al campo del derecho contractual es algo que no podemos evitar. Por el otro lado, como se trata de derechos que atañen al cuerpo y la salud de personas determinadas, entonces no es necesaria una solución legal que reemplace a dicha decisión, por ello no es necesaria una intervención del estado en prohibición o restricción, pero sí, como se dijo antes, una inclusión a las reglas del derecho contractual.

Con el tema, deviene en la necesidad de reconocer y aceptar que se encontraría en mejor situación si es que se le enmarca en el ámbito del Derecho Contractual, pues así estaremos confiando en la solución que la iniciativa privada brinda, por lo que los contratos de subrogación de la maternidad quedarían sujetos tanto a las reglas

---

<sup>130</sup> Alfredo Bullard Gonzales, “Derecho y Economía: Un Análisis de las Instituciones Legales”, Segunda Edición. Editorial Palestra. Lima, 2010, pág. 104.

<sup>131</sup> Ibidem, pág. 108.

contractuales básicas y también a las consecuencias patrimoniales y no patrimoniales plenamente exigibles<sup>132</sup>. Por ello una legislación que permitiese a la libre iniciativa privada y a la capacidad contractual, el poder resolver la necesidad humana de paternidad, tendremos soluciones que se apeguen más a la eficiencia.

En un caso que generó un precedente judicial en los Estados Unidos, una pareja contrató a una mujer para subrogar la maternidad que obtenía por gestar al hijo de los primeros en su vientre, renunciando a ese derecho y transfiriéndolo, una vez nacido el hijo, a la pareja. Sin embargo, una vez nacido el hijo, ocurrió que la gestante pidió permanecer con el niño un tiempo para devolverlo después, no obstante, terminado ese periodo, la mujer huyó con el niño, amenazando con matar al bebé y con suicidarse si es que los seguían persiguiendo. Es el caso conocido como “Baby M” que se dilucido ante la Chancery Division/Family Part, Bergen County, 217 New Jersey 313, la Corte Superior de Nueva Jersey<sup>133</sup>. Es un caso que trata de forma interesante el problema de la subrogación de maternidad, pues determinó que el convenio pactado por las partes entraba en conflicto con las normas que las adopciones sean a título oneroso y sobre los requisitos legales para poder ser aptos y adoptar, así como también sobre los requisitos para terminar la patria potestad del padre o madre natural. Punto de suma importancia fue que por el interés del menor, dada la inestabilidad de la madre natural, se optó por conceder la custodia a la pareja.

Como se puede comprobar, el ejercicio de los derechos que provienen de un convenio como el de la maternidad subrogada, tiende a no ser certero y definido, cuando el contrato no se encuentra incluido dentro de los contratos. Ante ello una crítica contra este argumento podría venir desde la óptica de los contratos innominados, ya que podría considerársele dentro de ese grupo, pero sin embargo alrededor de estos contratos existe determinado tipo de seguridad jurídica que garantiza su reconocimiento y ejecución, mas no en los contratos de maternidad subrogada, pues lo que los rodean, son ilícitos.

En ese sentido es innegable el beneficio que traería la inclusión de los convenios o contratos de maternidad subrogada en las reglas del derecho contractual, lo que

---

<sup>132</sup> Alfredo Bullard Gonzales, “El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual”,. Revista PUCP-Ius Et Veritas. Lima, 1995.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

incluiría un problema que colinda entre lo ético y lo material, es decir el derecho a la identidad del hijo. No podemos dejar de lado el tema ético, pues ello implicaría una irresponsabilidad, pero también es cierto que sería injusto tratar el tema solo desde ese lado. Por ello la afectación a la identidad del hijo, por los contratos de maternidad subrogada no debería ser tratado solo por el hecho que estaría mal afectar su derecho a saber su origen, porque al fin y al cabo la persona humana puede mejorar su destino sin importar de donde venga, sino por las implicancias que durante sus primeros años no puede sortear porque sufriría inevitablemente.

Ante ello, el derecho a la identidad del hijo recién nacido, puede protegerse e inculcarse mejor desde la óptica de mejores condiciones si es que una relación contractual, como la de maternidad subrogada, tiene reglas claras, firmes y completamente exigibles mediante un sistema célere y seguro. Por eso, cuando se analiza desde la perspectiva del costo de transacción, costará más subsanar o paliar los efectos que pueden recaer sobre la identidad del menor, si es que no existen las reglas claras que avalen ese derecho desde antes que el menor nazca.

El costo de transacción, entonces, resultará mayor si es que los derechos y obligaciones contractuales no se encuentran bien definidos, y se definen de forma concreta y segura, solo con la garantía de un sistema que permita su eficacia, es decir desde las reglas del derecho contractual. La mejor conclusión en cuanto a este punto resulta en que, ante lo inevitable de la práctica de la maternidad subrogada, entonces la inclusión legal, pero no invasión ni sustitución, de los convenios de maternidad subrogada a las reglas del derecho contractual, es la mejor garantía para los derechos del menor, incluyendo el de identidad, pues puede pactarse que ante la edad de madurez del hijo, este pueda tener la posibilidad de conocer su origen y aceptarlo en mejor situación que cuando fuese niño y no esté preparado; así como también asumir consecuencias en caso de no respetar esa condición contractual. Por ello tanto la identidad, como los demás derechos del menor no deben dejarse en el ámbito de lo que no se podría solucionar eficientemente en el mercado, sino de aquello que la seguridad jurídica garantice en el mercado en el que se oferten servicios de maternidad subrogada.

## 6. ENCUESTA

Se presentan los resultados de la encuesta que se aplicó a profesionales de derecho que se desempeñan en las áreas de Derecho Civil y Derecho de Familia.

### 6.1. Sobre los encuestados y los criterios de selección

La encuesta se ha realizado a 37 profesionales de derecho que se disgregan:

- Jueces de Primera Instancia y Segunda Instancia: 9  
(Juez de Paz Letrado – Familia, Juez Especializado en Familia, Juez Especializado en Civil. Jueces Superiores Civiles)
- Especialistas Legales/ Asistentes: 16  
(Juzgados de Paz Letrado-Familia, Juzgados Especializado en Civil, Juzgado Especializado en Familia)
- Abogados: 8  
Ejercicio independiente de la profesión
- Docentes Universitarios en Derecho Civil y Familia: 4

Los **CRITERIOS DE SELECCIÓN** son los siguientes:

- Personal jurisdiccional (incluye Jueces, Asistentes y Especialistas Legales):
  - Personal que labora en Áreas que conocen materias civiles y de familia, en las que se requiere tener conocimientos sobre las técnicas de reproducción asistida (en específico la maternidad subrogada) ya que están en la posibilidad de conocer y resolver casos vinculados a la maternidad subrogada.

A mayor precisión se podrían presentar los supuestos en que:

- c) El Juzgado de Paz Letrado sea la primera instancia y su decisión sea revisada por el Juzgado Especializado en Familia o en Civil.
- d) El Juzgado Especializado en Familia o en Civil sea la primera instancia y su decisión sea revisada por la Sala Superior Civil.

Asimismo, la selección del personal jurisdiccional encuestado no ha sido limitada al Área de Familia sino que se extiende al Área Civil que se trata de una materia afín; puesto que, debe tenerse en cuenta que los casos vinculados a las técnicas de reproducción asistida pueden ser conocidos por Juzgados de cualquier materia. Nótese que los pronunciamientos judiciales

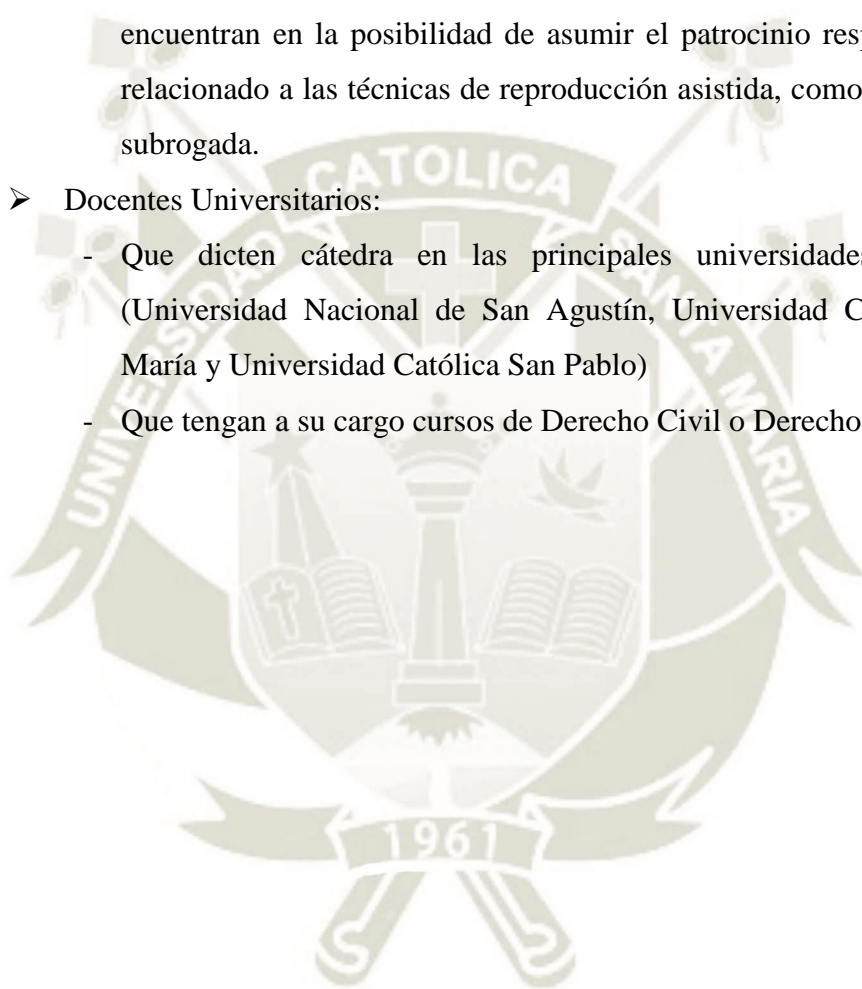
objeto de análisis en este capítulo han sido emitidos por órganos jurisdiccionales constitucional y penal.

➤ Profesionales en derecho:

- Que se encuentren ejerciendo de forma independiente la profesión
- Que sean especialistas en materia civil y/o familia (considerando estudios realizados y trayectoria profesional)
- Teniendo en cuenta el área de desarrollo profesional, si los encuestados se encuentran en la posibilidad de asumir el patrocinio respecto de un caso relacionado a las técnicas de reproducción asistida, como es la maternidad subrogada.

➤ Docentes Universitarios:

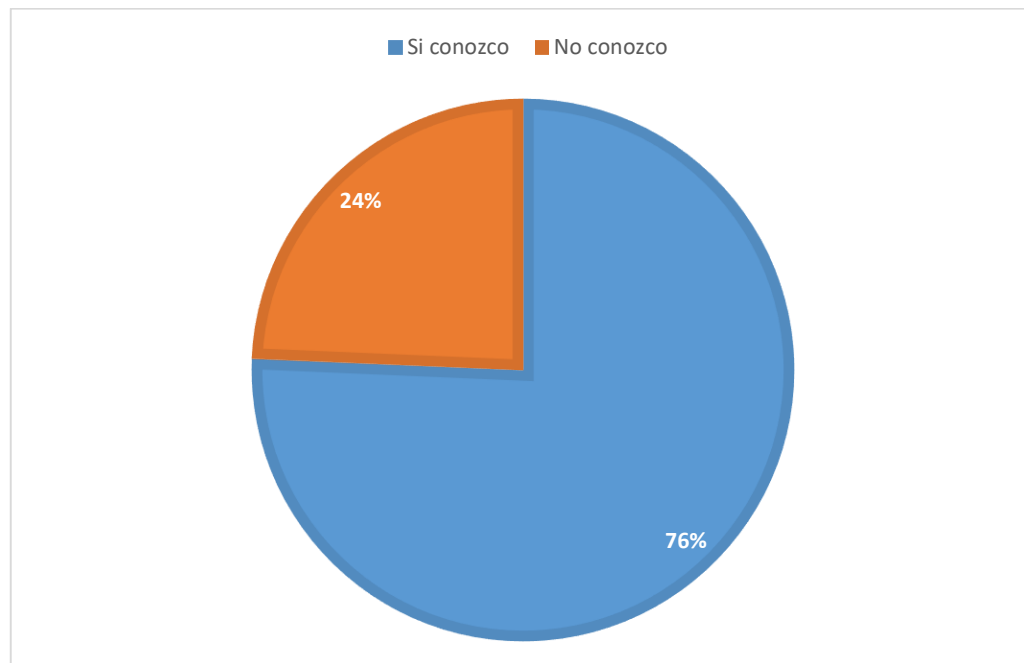
- Que dicten cátedra en las principales universidades de la ciudad (Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica de Santa María y Universidad Católica San Pablo)
- Que tengan a su cargo cursos de Derecho Civil o Derecho de Familia



## 6.2. Resultados de la Encuesta

### GRAFICO N° 1

¿Conoce que dentro de las técnicas de reproducción asistida se encuentra la técnica denominada “Maternidad Subrogada”?



**Fuente: Elaboración propia**

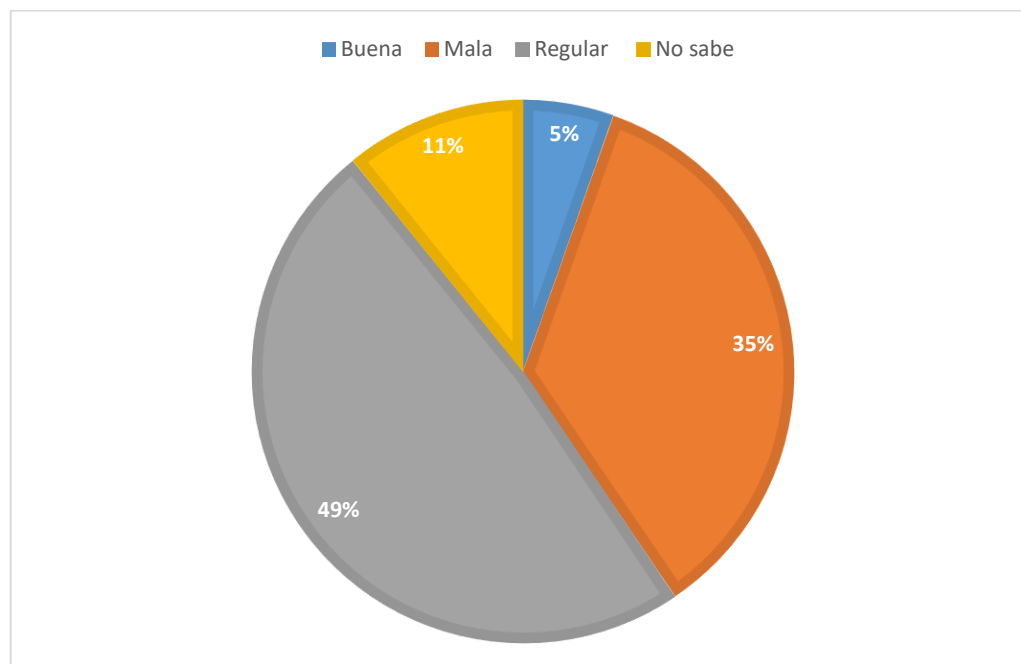
Al revisar las respuestas de la primera pregunta, encontramos que el 76% de encuestados conocen que la “maternidad subrogada” es una técnica de reproducción asistida.

Sin embargo, encontramos en un porcentaje menor (24%) que existen profesionales de derecho que desconocen que la “maternidad subrogada” es una técnica de reproducción asistida.

Esta pregunta nos permite evidenciar que pese a la existencia de una realidad (uso de técnicas de reproducción asistida, específicamente la maternidad subrogada), existen profesionales avocados al desarrollo y aplicación del derecho de familia y derecho civil que desconocen del tema.

## GRAFICO N° 2

### ¿Cómo considera a la regulación normativa respecto de las técnicas de reproducción asistida (TERAS)?



**Fuente: Elaboración propia**

Este cuadro nos muestra que el 49% de los encuestados opinan que la legislación existente sobre el tema de Técnicas de Reproducción Asistida tiene la calidad de regular, luego tenemos que el 35% de encuestados refieren que la legislación es mala; situación que nos muestra que el 84% de profesionales intervinientes señalan que actualmente la legislación sobre las TERAS es deficiente.

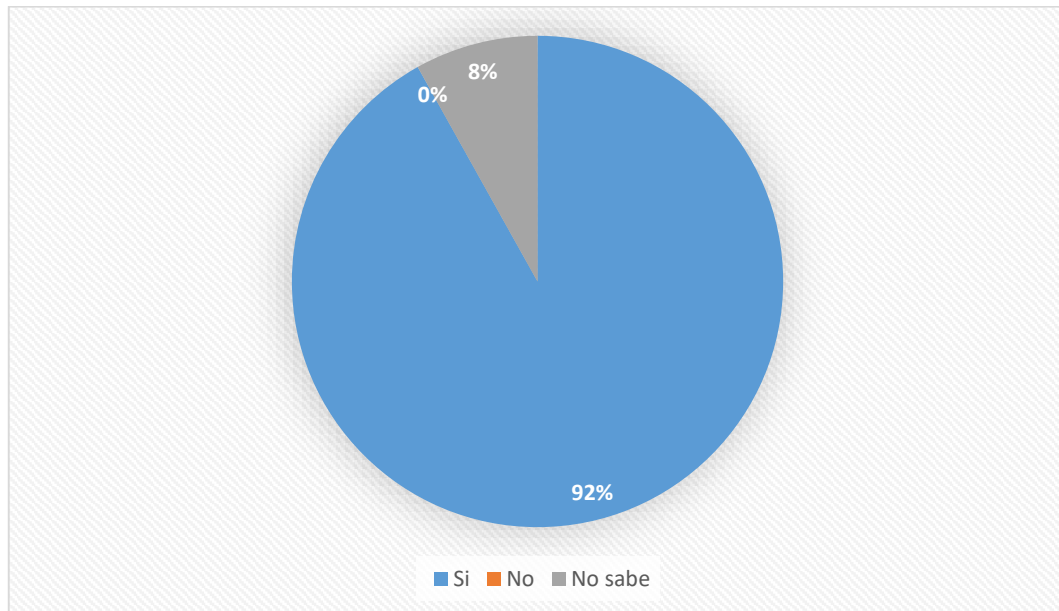
El resultado de esta interrogante coincide con las conclusiones arribadas en el análisis de la jurisprudencia reciente sobre la maternidad subrogada, al establecer que nuestra legislación es deficiente e insuficiente para normar la técnica de maternidad subrogada.

No pasa desapercibido que únicamente el 5% de encuestados opinan que la actual normativa es buena; es decir que una parte minoritaria estaría conforme con la legislación existente.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que existe un 11% de encuestados que pese a ser profesionales sobre temas de derecho civil y de familia – quienes pueden conocer casos de maternidad subrogada – respondieron que no pueden calificar la calidad de la legislación porque no tienen conocimiento de la misma.

**GRAFICO N° 3**

**¿Considera que nuestra legislación se encuentra desfasada en lo concerniente a las TERAS?**



**Fuente: Elaboración propia**

Esta interrogante muestra que el 92% de los encuestados opina que la legislación sobre TERAS se encuentra desfasada, concordando por lo expresado por los órganos jurisdiccionales en las jurisprudencias previamente analizadas.

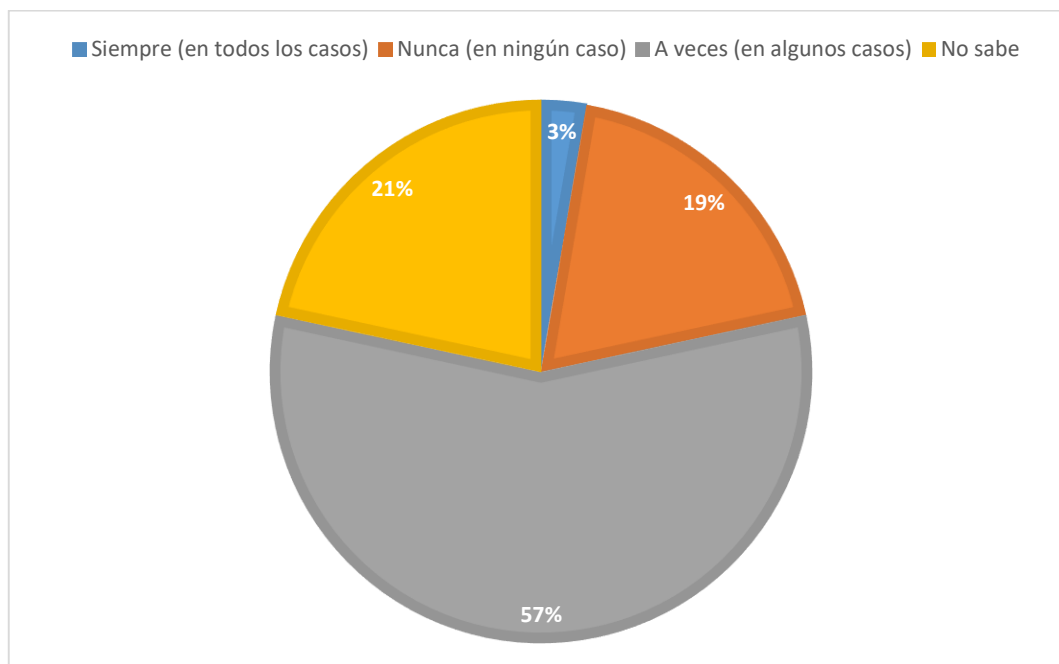
Es importante notar que el 0% de encuestados opina que la normativa sobre TERAS es actual y regula adecuadamente el uso de la maternidad subrogada.

Asimismo, un mínimo porcentaje (8%) expresa que no conoce la normativa sobre TERAS y por ende no podría calificarla como desfasada.

Cabe mencionar que la Pregunta N° 02 y N° 03 tienen vinculación, ya que la calificación negativa de la regulación normativa de TERAS tiene conexión directa a la opinión que tales normas son desfasadas; y, por ende las mismas requieren de una urgente actualización.

#### GRAFICO N° 4

**¿Considera que el Artículo 7° de la Ley General de Salud regula correctamente las TERAS en el Perú?**



**Fuente: Elaboración propia**

Esta pregunta está vinculada al Artículo 7° de la Ley General de Salud, el cual es el único dispositivo que regula a las TERAS en general sin hacer muchas distinciones sobre cada una, precisando que existen diversas técnicas cuyo uso y consecuencias deben ser normadas.

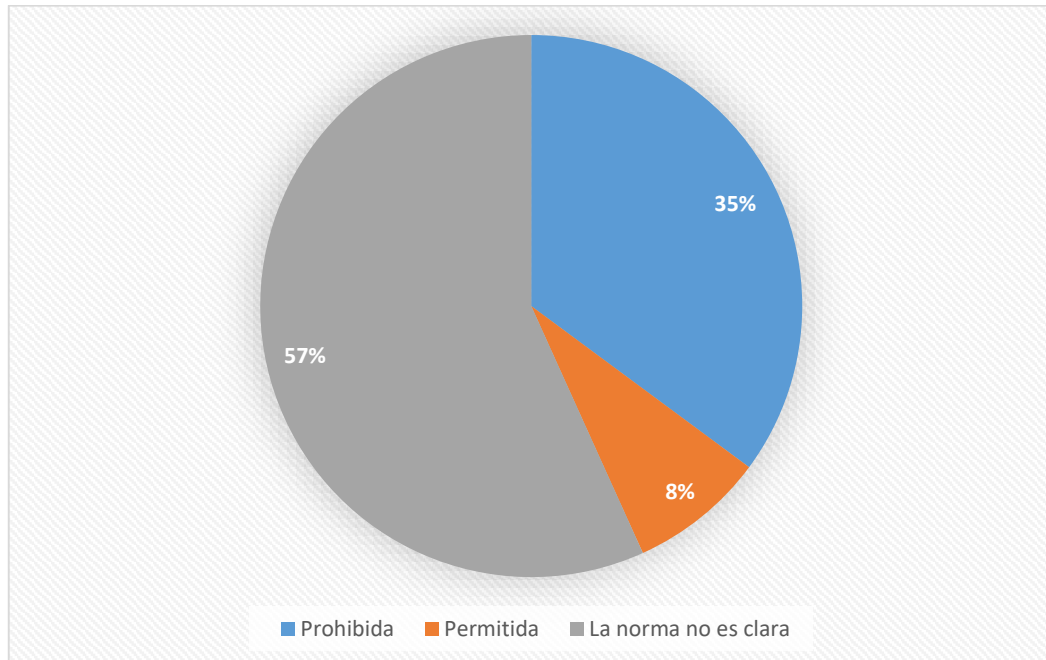
Así tenemos que el 57% de los encuestados opinan que el Artículo 7° de la Ley General de Salud regula adecuadamente sólo algunas técnicas de reproducción asistida y el 19% señala que el artículo antes mencionado no es una norma adecuada para regular ninguna técnica de reproducción asistida. Tal es así que el 77% de preguntados concluyen que el Artículo 7° de la Ley General de Salud no resulta suficiente para legislar todos los casos de uso de técnicas de reproducción asistida.

La opinión mayoritaria concuerda con lo desarrollado en las jurisprudencias analizadas porque coincide en que el Artículo 7° de la Ley General presenta vacíos legales que están siendo cubiertos por principios, doctrina y jurisprudencia.

De forma minoritaria, se puede apreciar que únicamente el 3% de los encuestados se encuentran conformes con el texto del mencionado Artículo 7°.

**GRAFICO N° 5**

**De la lectura del Artículo 7° de la Ley General de Salud, ¿considera que la técnica de “Maternidad Subrogada” se encuentra permitida o prohibida en nuestro ordenamiento?**



**Fuente: Elaboración propia**

Esta interrogante tiene por objeto conocer la apreciación de los encuestados sobre el texto del Artículo 7° de la Ley General de Salud; ello en razón que en la jurisprudencia analizada – específicamente lo expresado por el Ministerio Público en la Audiencia Penal de Apelación Preventiva – desarrolla que la poca claridad del Artículo 7° de la Ley General de Salud genera confusión, no permitiendo conocer con claridad si la técnica de maternidad subrogada está permitida o prohibida en nuestro país.

Conforme hemos desarrollado en esta investigación, se ha llegado a determinar que la técnica de maternidad subrogada se encuentra permitida en el Perú; sin embargo esta conclusión no se ve reflejada en la opinión de los encuestados, ya que únicamente el 8% tiene el conocimiento que la maternidad subrogada está permitida.

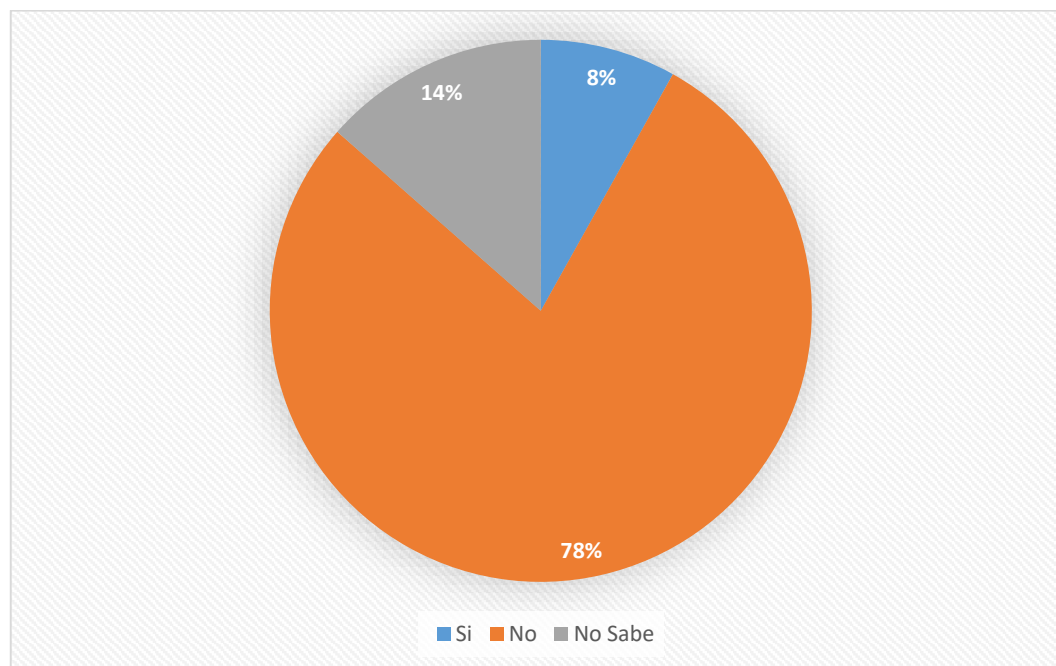
Un mayor porcentaje (35%) señala que la técnica de “maternidad subrogada” está prohibida, lo que encuentra sustento en la falta de regulación sobre el tema y los vacíos legales existentes.

Pero el aspecto que llama más nuestra atención es que el 57% de encuestados opina que el Artículo 7° de la Ley General de Salud es poco clara y confusa para determinar con certeza si la maternidad subrogada se encuentra permitida o prohibida. Es decir que lo alegado por el Ministerio Público en el proceso penal es cierto, ya que la poca precisión de la redacción del Artículo 7° referido y los vacíos legales existentes generan confusiones y dudas en los profesionales del derecho que conocen los problemas derivados del uso de la técnica de reproducción asistida, lo cual genera vulneraciones a los derechos de los padres como de los concebidos por TERAS.

Esta situación genera que los profesionales de derecho que están en la posibilidad de conocer casos de maternidad subrogada y solicitudes de reconocimiento de menores concebidos por la técnica de maternidad subrogada por parte de los padres contratantes (con voluntad procreacional) consideren que el contrato de maternidad subrogada es ilícito, y en consecuencia no se permita a los padres contratantes el reconocimiento de su hijo, lo que devendría en una afectación al derecho a la identidad del menor.

## GRAFICO N° 6

¿Conoce usted si la maternidad subrogada está específicamente regulada en nuestra legislación nacional?



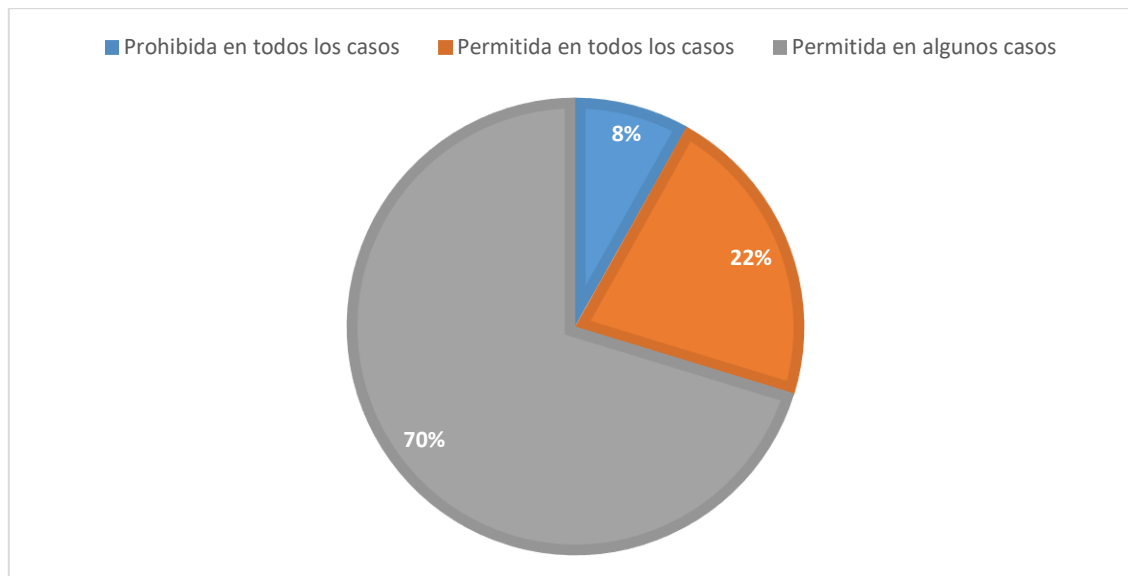
**Fuente: Elaboración propia**

El resultado de esta interrogante refleja que los encuestados (profesionales de derechos que se desarrollan en las ramas de derecho civil y derecho de familia) en su mayoría (78%) concuerdan que la maternidad subrogada no tiene una normatividad específica que regule los presupuestos y consecuencias de uso.

Un porcentaje mínimo (8%) considera que la maternidad subrogada goza de una normativa especializada; lo cual resulta ajeno a la realidad.

Y, finalmente el 14% de encuestados no conoce si la maternidad subrogada se regula de forma general o de forma específica en el Perú.

Esta situación genera que los profesionales de derecho que están en la posibilidad de conocer casos de maternidad subrogada y solicitudes de reconocimiento de menores concebidos por la técnica de maternidad subrogada por parte de los padres contratantes (con voluntad procreacional) consideren que el contrato de maternidad subrogada es ilícito, y en consecuencia no se permita a los padres contratantes el reconocimiento de su hijo, lo que devendría en una afectación al derecho a la identidad del menor.

**GRAFICO N° 7****Considera usted que la maternidad subrogada debe ser:****Fuente: Elaboración propia**

El resultado de la presente pregunta resulta ser muy interesante, porque todos los encuestados consideran que el uso de la técnica de maternidad subrogada debe ser permitida. Sin embargo, debe hacerse la distinción que únicamente el 22% adopta la postura de una amplia admisión a la técnica de reproducción asistida, es decir en todos los casos. Sin embargo, en un porcentaje mayor (70%) – que en nuestra opinión resulta ser más razonable – se establece que la maternidad subrogada debe ser autorizada solamente en algunos casos.

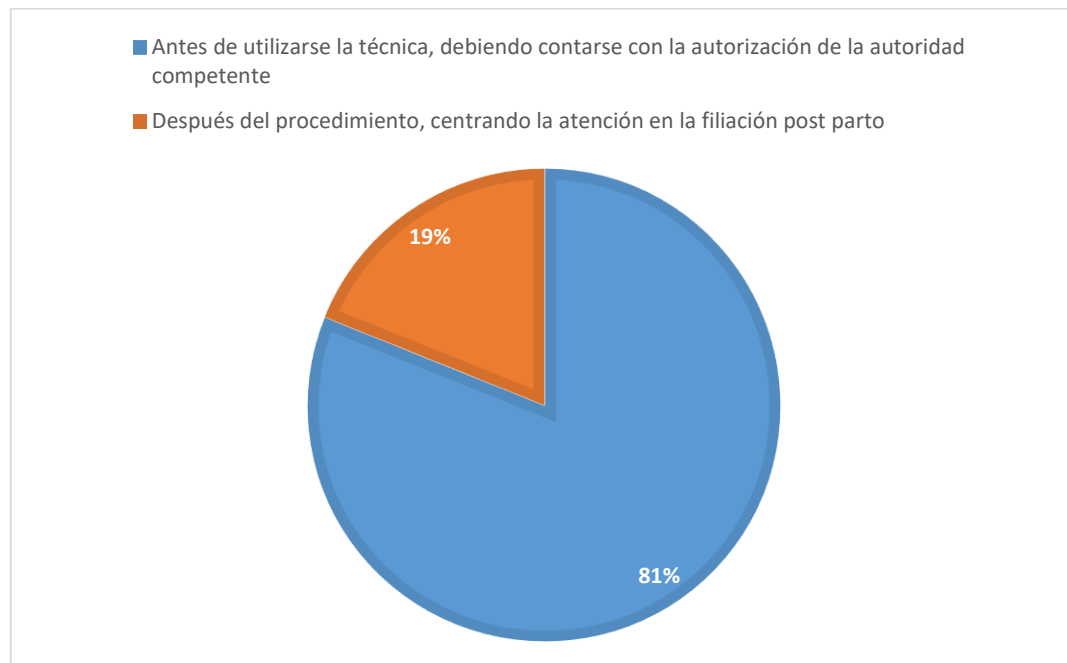
La opinión en mayoría se encuentra acorde a la jurisprudencia desarrollada sobre el tema, la que considera que la técnica bajo análisis deber ser usado en casos excepcionales y cuando medie fines altruista.

Asimismo, esta opinión se encontraría acorde al Anteproyecto de Ley líneas arriba analizado, el cual considera que el uso de la técnica de “maternidad subrogada” únicamente procede para fines altruistas y bajo el cumplimiento de los requisitos (que serían fijados en el posterior reglamento luego de la posible aprobación de la ley).

Finalmente, el 8% de los encuestados opina que la maternidad subrogada debe ser prohibida en todos los casos.

### GRAFICO N° 8

**En caso considere que la maternidad subrogada deba ser permitida (en todos o algunos casos), indique ¿cuándo cree que la técnica de maternidad subrogada debe ser objeto de evaluación?**



**Fuente: Elaboración propia**

Esta interrogante contiene resultados interesantes, ya que se pretende conocer la concepción que tienen los encuestados sobre el tratamiento de la consecuencia del uso de la técnica de maternidad subrogada, como es la filiación con el concebido mediante una madre sustituta.

Así debemos recordar que la postura que admite la maternidad subrogada tiene dos vertientes: a) la primera que establece que para el uso de la técnica, se requerirá cumplir con requisitos legales, contar con la autorización de la autoridad competente, y encontrarse bajo el control de una entidad determinada; y, b) la segunda que centra su atención en la filiación post parte.

Así tenemos que el 81% de los preguntados opinan que el uso de la técnica de maternidad subrogada debe contar con la autorización de la autoridad competente, es decir que la mayoría de los encuestados se inclinan por la opción que se establezca requisitos para optar por esta técnica y luego de una evaluación, la autoridad competente brinde la correspondiente evaluación.

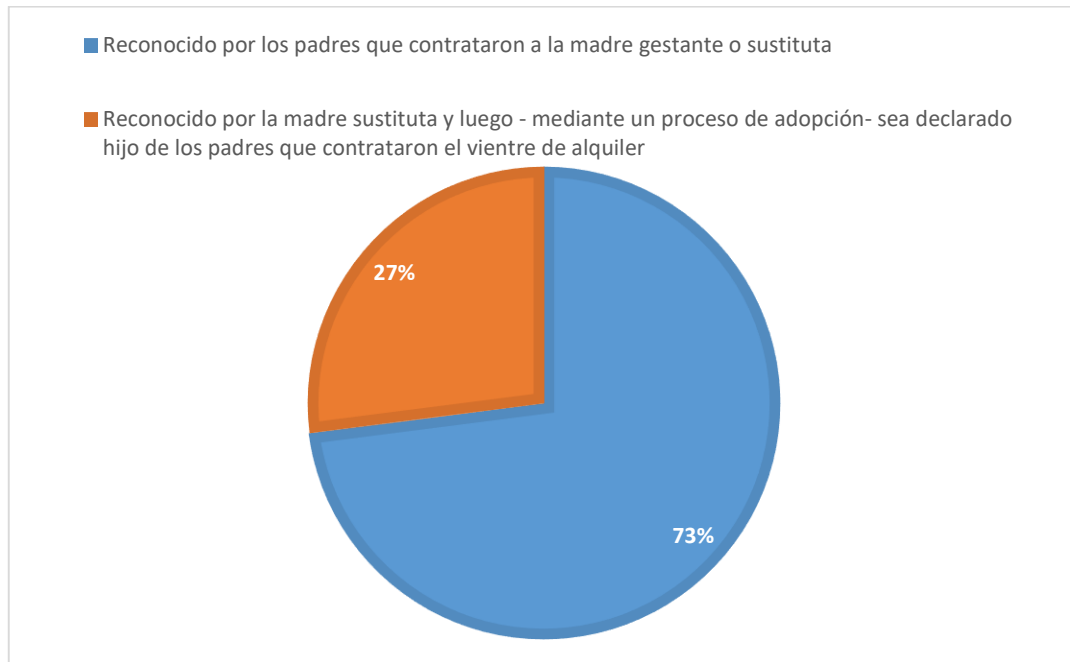
Esta postura se encuentra acorde al Anteproyecto de Ley antes analizado, ya que éste establece que únicamente Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud inscritas en el registro correspondiente y con la autorización del Ministerio de Salud podrían encargarse de la evaluación de la condición médica de los progenitores y de la gestante. Asimismo el anteproyecto refiere que para el uso de la técnica de maternidad subrogada se debe contar con un informe técnico favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Medicamente Asistida.

Un menor porcentaje (19%) opina que la maternidad subrogada debe ser objeto de evaluación luego del nacimiento del menor.

Al respecto conviene mencionar que en el supuesto en que la maternidad subrogada sea sujeto de evaluación luego del parto, podría ocasionar la vulneración de derechos del menor (como es la identidad, nombre, verdad biológica y a ser inscrito de forma inmediata en el registro), ya que luego del nacimiento, recién se determinaría la filiación del menor, es decir que en tanto dure el procedimiento correspondiente, el niño quedaría en suerte de confusión y limbo, pues no se podría determinar con certeza quienes son sus padres.

**GRAFICO N° 9**

**Considera que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada, luego de su nacimiento debe ser:**



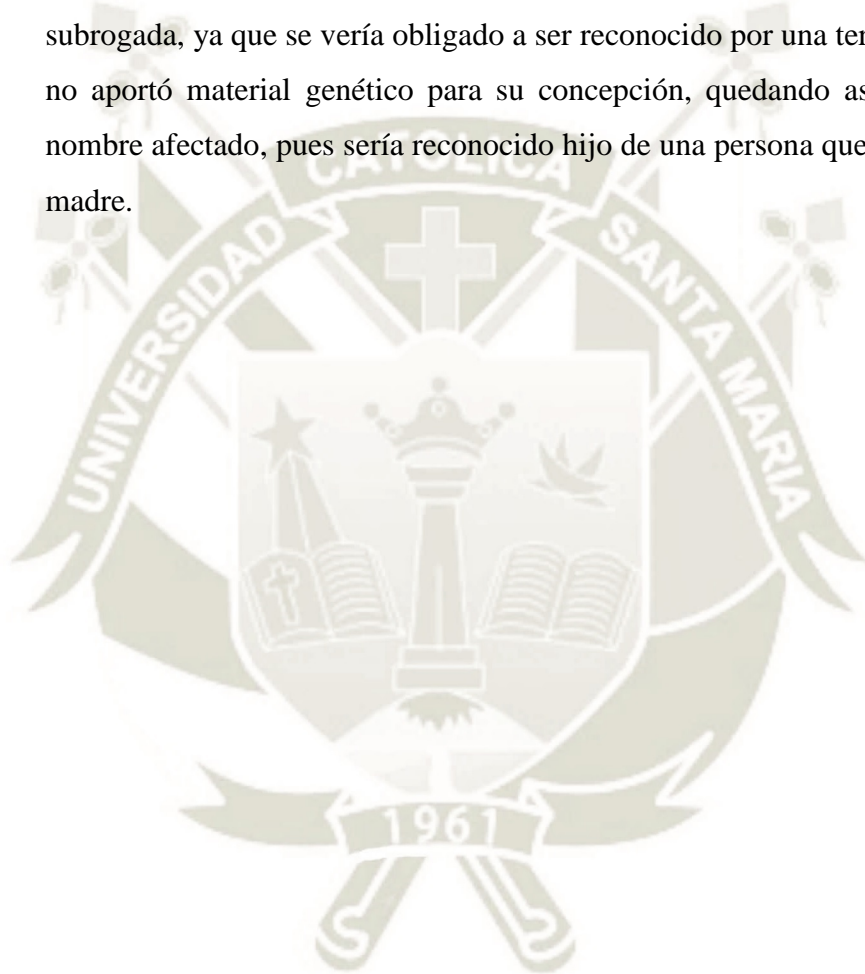
**Fuente: Elaboración propia**

De forma previa a referirnos a los resultados de la encuesta, queremos señalar que según lo desarrollado en este trabajo de investigación, se ha indicado que actualmente como consecuencia de la normativa inadecuada sobre las TERAS, los progenitores con intención procreacional no pueden reconocer a su hijo deseado; por tanto consideramos que es conveniente contar con una legislación que respete los derechos del menor concebido por TERAS (identidad, nombre, verdad biológica y a ser inscrito de forma inmediata en el registro) y así pueda ser reconocido como hijo de los progenitores y no de la madre sustituta desde su nacimiento, sin la existencia de obstáculos por parte del Estado.

Ahora, el 73% de los encuestados comparten la opinión previa, es decir consideran que lo más conveniente es que los padres que contrataron a la madre sustituta se encuentren en la posibilidad de reconocer a sus hijos. Además esta postura es respaldada por la jurisprudencia (Proceso de Amparo Exp. 6374-2016) mediante la cual se ordena a RENIEC expedir partidas de nacimiento en donde figuren como padres las personas que contrataron el vientre de alquiler.

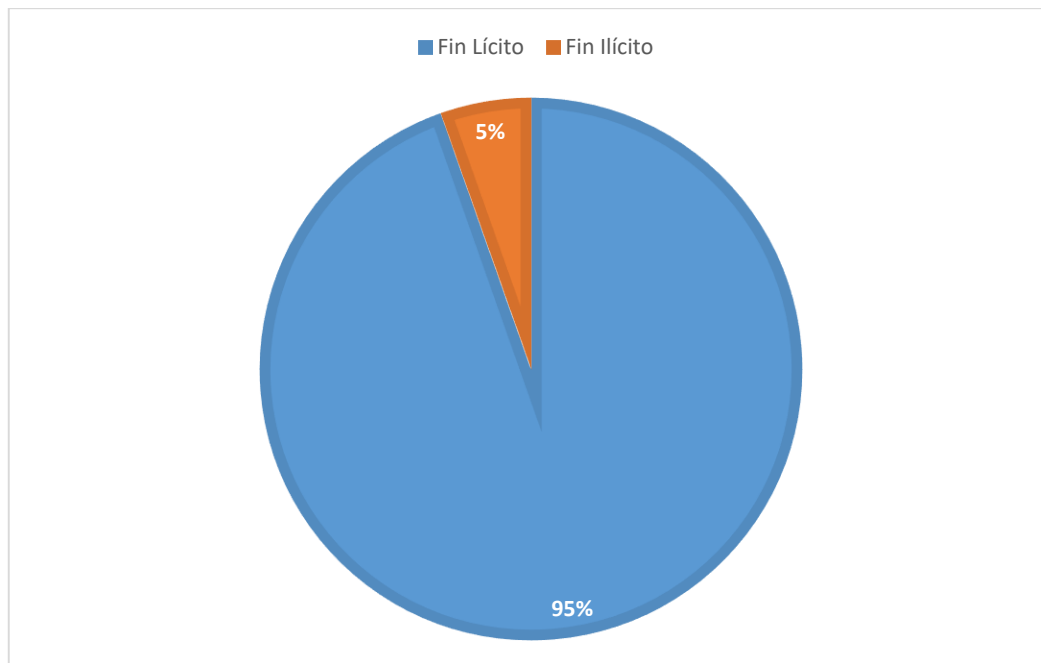
De esta forma, se garantizaría y protegería el derecho a la identidad del concebido por la técnica de maternidad subrogada.

Por otro lado, el 27% de los preguntados opinan que el menor concebido por maternidad subrogada debe ser inicialmente reconocido por la madre subrogada y luego – mediante un proceso de adopción – sea declarado hijo de los padres que requirieron el vientre de alquiler. Esta postura, bajo nuestro análisis, resulta ser atentatoria a los derechos del menor concebido por la técnica de maternidad subrogada, ya que se vería obligado a ser reconocido por una tercera persona que no aportó material genético para su concepción, quedando así su identidad y nombre afectado, pues sería reconocido hijo de una persona que no es su padre o madre.



**GRAFICO N° 10**

**¿Considera que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito o ilícito?**



**Fuente: Elaboración propia**

En esta interrogante, el 95% de los encuestados coinciden en que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito, es decir se trata de una práctica permitida en nuestro país.

Esta opinión respalda la posición jurisprudencial que determina el uso de la técnica de la maternidad subrogada no está prohibida expresamente por ningún dispositivo legal.

Sin embargo, debe hacerse notar que en la Pregunta N° 05 destinada a conocer la opinión de los encuestados sobre si la técnica de maternidad subrogada estaba permitida o prohibida, se puede verificar que el 39% opinó que la técnica estaba prohibida y el 48% consideraba que el Artículo 7° de la Ley General de Salud no era clara para determinar si la maternidad subrogada está permitida o prohibida. Es decir que el 87% de encuestados piensa que la maternidad subrogada no está permitida en nuestro país, sin embargo de forma posterior concluye que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito.

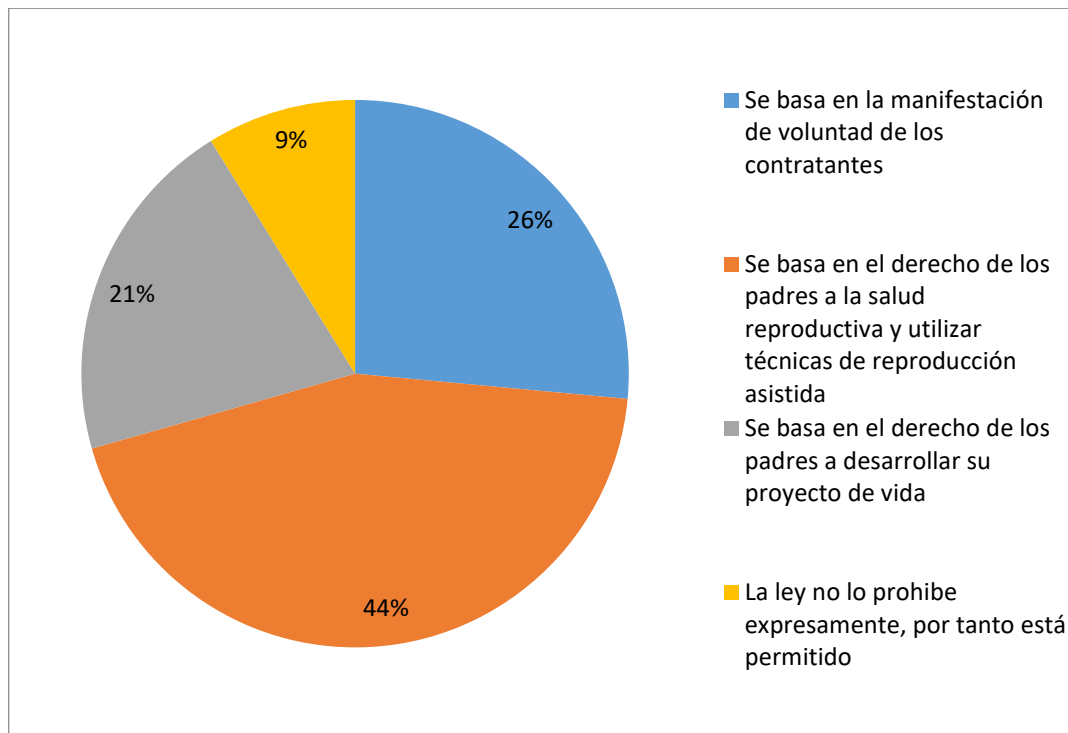
Sobre esta contradicción, mencionamos que ello se deriva que los vacíos legales y deficiente redacción del Artículo 7° de la Ley General de Salud, lo que genera confusión sobre el uso de la maternidad subrogada y consecuencias.

Además nótese que únicamente el 5% de los preguntados considera que el contrato de maternidad subrogada está prohibido, concepción ajena a la realidad jurisprudencial adoptada por nuestros órganos jurisdiccionales recientemente.



### GRAFICO N° 11

¿Por qué considera que un contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito?



**Fuente: Elaboración propia**

La jurisprudencia analizada en este trabajo (en las que se ha resuelto problemas derivados del uso de la técnica de maternidad subrogada) concluyen que el contrato de maternidad subrogada tiene fin lícito, en razón de dos argumentos relevantes: a) Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe; y, b) Los padres tienen derecho a la salud reproductiva.

De la encuesta realizada se advierte que el 44% identifica la licitud del contrato de maternidad subrogada con el derecho de los padres a la salud reproductiva y uso de técnicas de reproducción asistida.

En similar orientación, se tiene que el 21% considera que el contrato de maternidad subrogada es lícito porque se basa en el derecho de los padres a desarrollar su proyecto de vida. Este argumento no es desarrollado en la jurisprudencia analizada; por tanto el razonamiento de los encuestados dista de la tendencia jurisprudencial.

El 26% de los encuestados opina que el contrato de maternidad subrogada es lícito porque se sustenta en la voluntad de las partes; posición que no ha sido

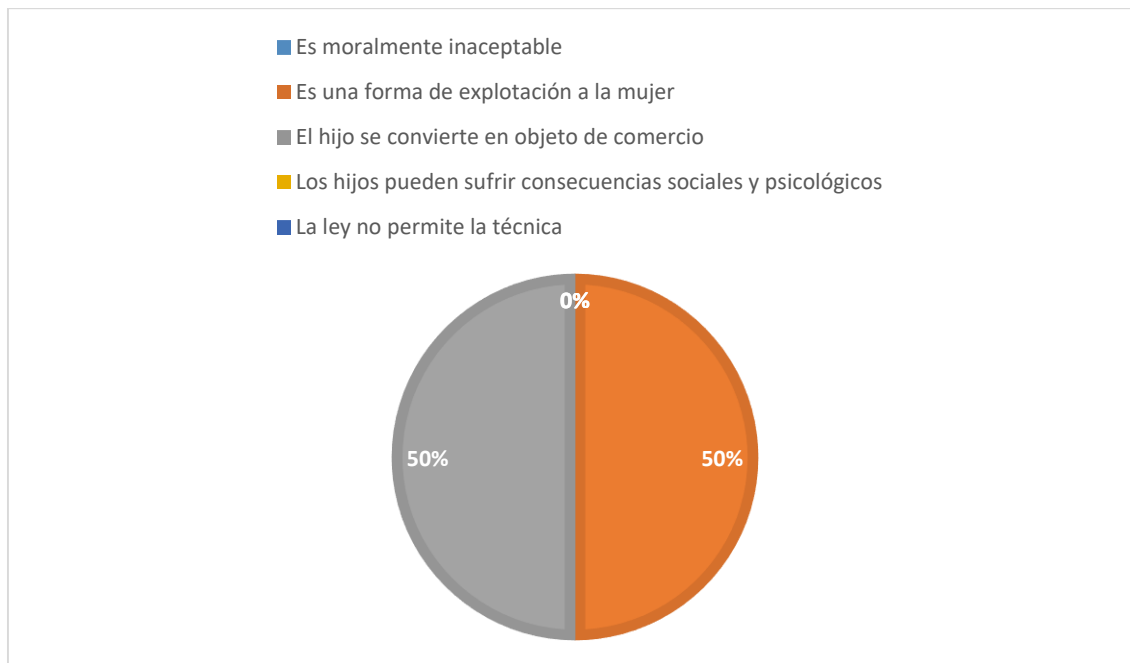
considerada dentro de la jurisprudencia analizada. Sin embargo la autorización de esta técnica va más allá de lo que deseen las partes, sino que encuentra sentido y justificación en los derechos fundamentales de los padres.

Ahora, los órganos jurisdiccionales tienen como principal argumento de la licitud del contrato de maternidad subrogada, la aplicación del principio “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”; sin embargo únicamente la minoría del 9% tiene el mismo razonamiento; es decir que el argumento principal desarrollado en la jurisprudencia no es compartido por la mayoría de encuestados.



## GRAFICO N° 12

¿Por qué considera que un contrato de maternidad subrogada tiene un fin ilícito?



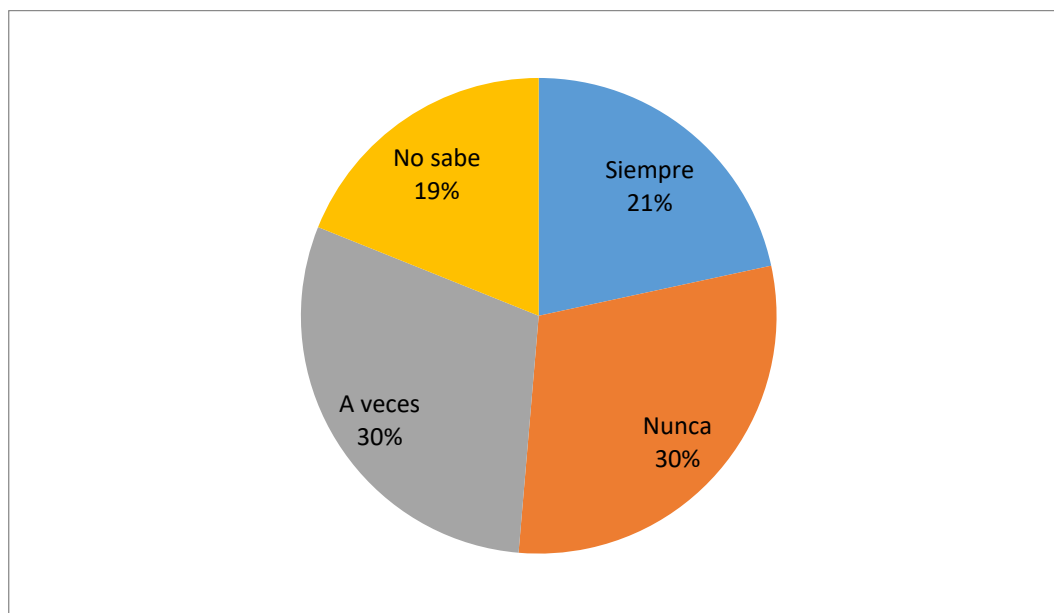
**Fuente: Elaboración propia**

El mínimo porcentaje que contestó que el contrato de maternidad subrogada considera que el fin ilícito se refleja en que la maternidad subrogada es una forma de explotación a la mujer (50%) o permite la comercialización de menores (50%).

Esta opinión referida a la ilicitud de la maternidad subrogada encuentra sustento en la doctrina; ya que la jurisprudencia tiene una visión diferente del tema al concluir que la técnica en análisis si se encuentra permitida. Además existen proyectos e iniciativas legislativas que notan la necesidad de regular mejor a las TERAS.

### GRAFICO N° 13

**¿Considera que la regulación actual de la técnica de maternidad subrogada vulnera los derechos del concebido?**



**Fuente: Elaboración propia**

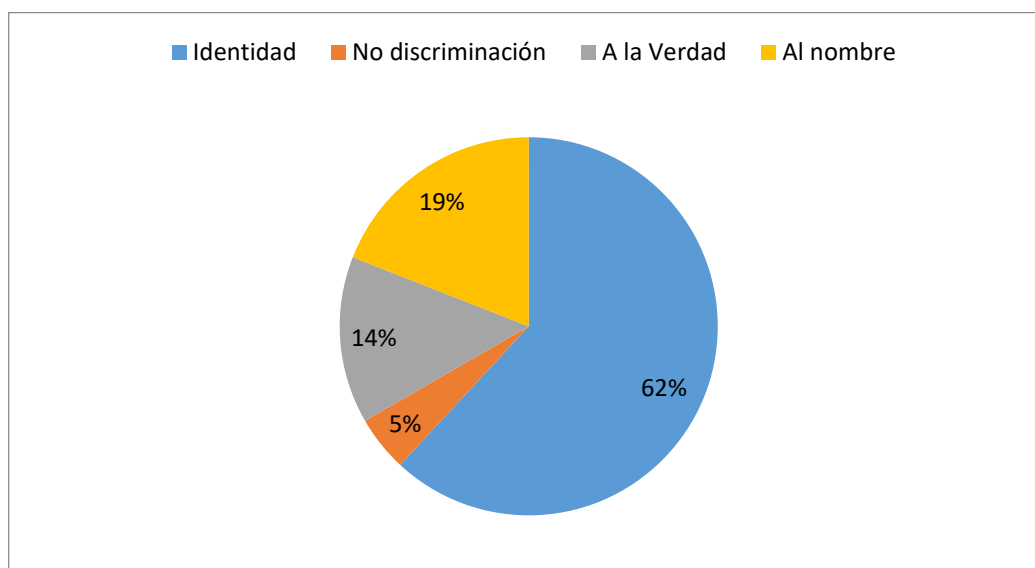
Las respuestas obtenidas en esta interrogante resultan algo divididas, porque un 30% de los encuestados opinan que la regulación deficiente de la maternidad subrogada nunca vulnera los derechos del concebido por esta técnica.

Por otro lado, el 30% de los encuestados considera que a veces se vulnera los derechos de concebido por maternidad subrogada y un 21% responde que la legislación actual siempre vulnera los derechos del concebido por esta técnica. Tal es así que en total el 51% de los encuestados concluyen la existencia de vulneración de derecho del concebido por el uso de maternidad subrogada; es decir que nuestra tesis de vulneración de derechos del menor se encuentra ratificada por la jurisprudencia analizada, y respaldada por la encuesta efectuada.

Finalmente, se mantiene un porcentaje (19%) que no opina sobre el tema de TERAS porque carece de conocimientos sobre las mismas.

### GRAFICO N° 14

**En caso haya tenido una respuesta afirmativa (Siempre o A veces), indique ¿qué derechos considera vulnerados?**



**Fuente: Elaboración propia**

Los encuestados que consideran que la regulación actual de la maternidad subrogada genera una afectación a los derechos del concebido por la técnica de útero sustituto, opinan en un 62% que el derecho afectado es la identidad, en segundo lugar se tiene con un 19% la vulneración del derecho al nombre.

En este punto es importante resaltar que el derecho a la identidad y el derecho al nombre están íntimamente vinculados, ya que uno de los atributos propios de la identidad se fundamenta en el nombre (principal rasgo que identifica a la persona.

Luego encontramos con un 19% el derecho a la verdad y en un porcentaje mínimo (5%) al derecho a la no discriminación.

El derecho a la verdad se puede identificar con el derecho que tiene el menor a conocer a sus verdaderos padres biológicos y a ser reconocido por quienes tuvieron la intención procreacional.

El presente trabajo inició señalando como objetivo determinar si los contratos de maternidad subrogada (dentro de nuestro ordenamiento jurídico) vulneran derechos del concebido.

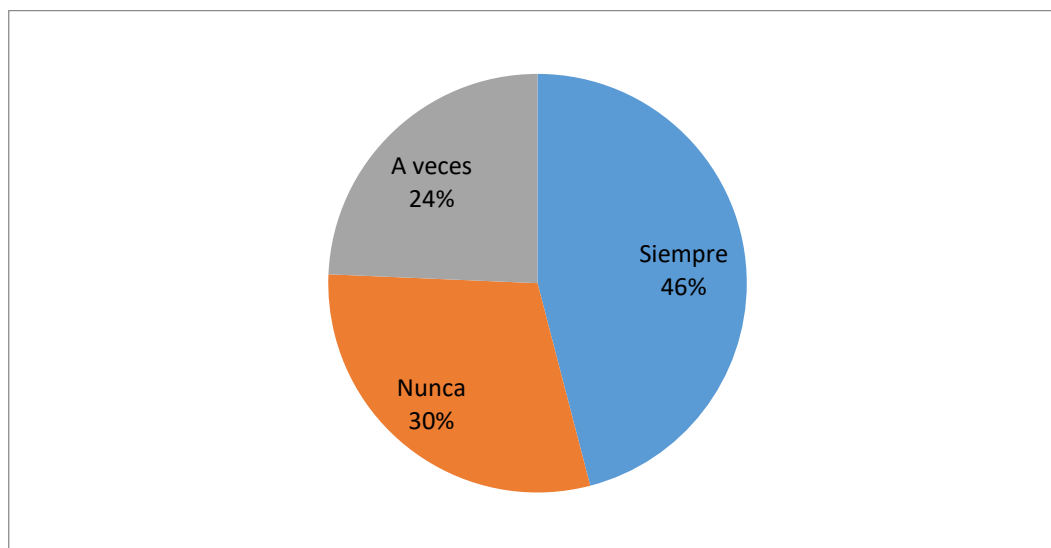
De la investigación realizada, se ha llegado a concluir que jurisprudencialmente se ha reconocido la existencia de derechos vulnerados: identidad, nombre, verdad biológica y a ser inscrito de forma inmediata en el registro.

Y, con la presente encuesta se ratifica que el principal derecho afectado con el contrato de maternidad subrogada y su actual regulación es el derecho a la identidad.



**GRAFICO N° 15**

**¿Cree usted que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada, debe conocer las circunstancias de su origen biológico?**



**Fuente: Elaboración propia**

El 46% de los encuestados refiere que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada siempre debe conocer su origen biológico.

El 30% de los encuestados refiere que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada nunca debe conocer su origen biológico.

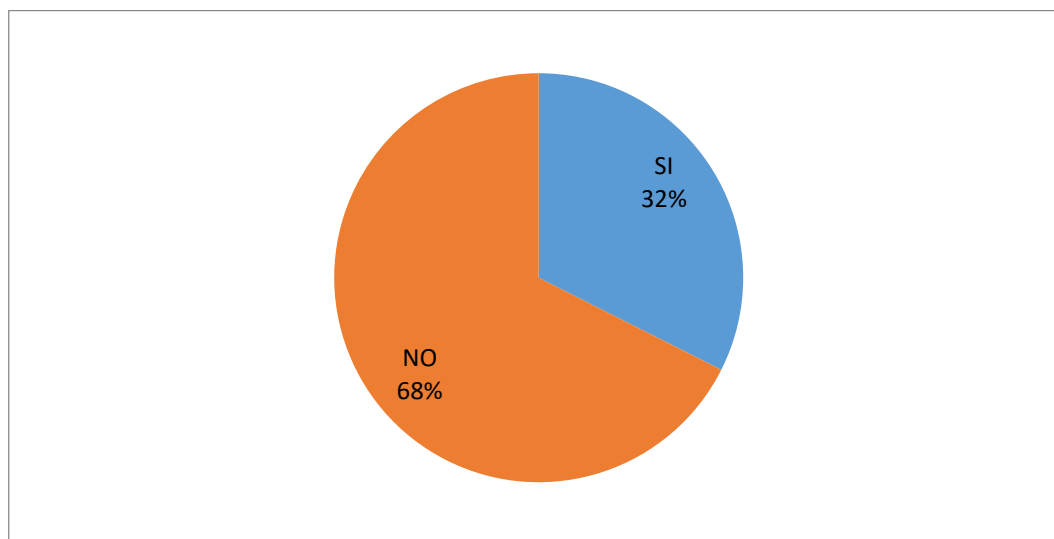
Y, por último el 26% de los encuestados refiere que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada debe conocer su origen biológico en algunas ocasiones.

Sobre este último punto, cabe referir que el Anteproyecto de Ley establece que el nombre de la madre subrogada se mantendrá en reserva sin generar ningún tipo de filiación, y que solamente en determinados casos se podrá publicar esta información. Tal es así que la respuesta del 26% de los encuestados (que contestó en algunos casos) se encuentra acorde al anteproyecto de ley.

Sin embargo debe notarse que esta iniciativa legislativa no precisa cuáles serían esos casos excepcionales, remitiendo tal laboral al futuro reglamento a aprobarse.

**GRAFICO N° 16**

**¿Considera que la sociedad peruana se encuentra preparada para aceptar la regulación legal específica de la técnica de maternidad subrogada?**



**Fuente: Elaboración propia**

Mediante esta interrogante, tenemos que el 68% de los encuestados son de la opinión que nuestra sociedad peruana aún no está lista para una regulación explícita sobre la maternidad subrogada.

Y, por otro lado, en un porcentaje menor, el 32% de los preguntados considera que nuestra sociedad si estaría lista para contar con una legislación especializada sobre el tema de las TERAS.

Del análisis de la reciente jurisprudencia que conoce casos vinculados a contratos de maternidad subrogada, podemos resaltar los siguientes aspectos relevantes:

Se concluye que el uso de la técnica de vientre de alquiler no se encuentra regulado en nuestra legislación, tal es así que el ordenamiento jurídico peruano no responde de forma adecuada a las nuevas realidades.

Sin embargo, no debe pasar desapercibido que el único dispositivo legal que responde a las TERAS es el Artículo 7° de la Ley General de Salud, pero nótese que esta norma no contempla una consecuencia jurídica en el caso de maternidad subrogada. Además tomando en consideración el principio “Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”, los órganos jurisdiccionales establecen que el contrato de maternidad subrogada se encuentra permitido en el Perú, y por ende no tiene un fin ilícito.

Otro aspecto a resaltar es que en sede judicial se determina que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada y los padres tienen un vínculo afectivo-social derivado de la voluntad procreacional de estos últimos.

Además debemos mencionar que pese a que la maternidad subrogada está permitida, en la realidad pueden identificarse obstáculos que impiden a los padres reconocer a su hijo (concebido por maternidad subrogada) inmediatamente después de su nacimiento; situación que vulnera los derechos fundamentales (como es la identidad) del menor.

La falta de regulación de la técnica de maternidad subrogada genera la vulneración al derecho a la identidad del concebido por tal técnica porque nuestro ordenamiento presenta obstáculos a los padres con voluntad procreacional (padres contratantes) para reconocer al menor como su hijo; así el derecho a la identidad del concebido, tanto en su vertiente estática y dinámica, es vulnerado.

Pero además como consecuencia de la regulación normativa deficiente respecto de la maternidad subrogada, este tema no es claro para los profesionales del derecho (como son jueces y abogados) que se encuentran en la posibilidad de conocer casos vinculados a los temas de maternidad subrogada y solicitudes de reconocimiento de menores por parte de padres procreacionales; lo que puede devenir en pronunciamientos judiciales contrarios a la jurisprudencia nacional reciente, bajo la creencia que el contrato de maternidad subrogada no está permitido en nuestro país y por ende los padres contratantes y con voluntad procreacional se encontrarían impedidos de reconocer a su hijo; contexto que también generaría una vulneración al derecho a la identidad tanto en su vertiente estática como dinámica.

Sin embargo, no debemos dejar de mencionar que recientes pronunciamientos judiciales vienen respetando el derecho a la identidad del concebido por la técnica de maternidad subrogada; analizando para cuyo efecto: a) el material genético aportado por los padres contratantes, b) si los padres contratantes tuvieron la decisión de ser padres, voluntad procreacional; y, c) el interés superior del niño.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA:** 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.

Se puede identificar que – como consecuencia de la falta de normatividad sobre la maternidad subrogada - la identidad estática se ve afectada porque los padres contratantes y con voluntad procreacional se encuentran limitados para reconocer al menor generando que: a) El menor no lleve los apellidos de sus padres desde el nacimiento, y b) En la partida de nacimiento del menor y documento de identidad no figuren los nombres de sus padres.

Y, la identidad dinámica se ve vulnerada en el sentido que el menor, al no tener definidos sus datos de identificación, no desarrolla de una forma adecuada el desarrollo pleno de su identidad y personalidad.

**SEGUNDA:** El derecho a la salud reproductiva se encuentra reconocido nacional e internacionalmente; y, el mismo debe ser entendido en la dimensión que toda persona pueda recurrir a un tratamiento de su infertilidad beneficiándose del progreso científico y sus aplicaciones, teniendo acceso a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva.

En consecuencia, este derecho genera que el Estado deba tratar a la infertilidad como un problema de salud pública y no ponga obstáculos o restricciones innecesarias para el uso de las técnicas de reproducción asistida.

**TERCERA:** El concebido goza de la calidad de “sujeto de derecho”, es decir es un ser humano dotado de capacidad jurídica con la particularidad condicionada a lo favorable; por ello, tal estatus le

situación favorable de adquisición de todo lo beneficioso, como serían los derechos personales o extra patrimoniales, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la identidad.

Ahora, el derecho a la identidad del concebido por las técnicas de reproducción asistida (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, entre otros.

Además, el derecho a la identidad debe ser protegido y reconocido sin ningún tipo de diferenciación, conforme se encuentra establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño. Tal es así que los concebidos de forma natural como aquellos concebidos por técnicas de reproducción asistida (específicamente por la técnica de maternidad subrogada), tienen derecho a la identidad, precisando que ello incluye conocer el origen biológico, las circunstancias de su concepción y nacimiento, así como su filiación con los padres con “voluntad procreacional”

**CUARTA:**

El Artículo 7° de la Ley General de Salud regula de forma deficiente el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida; ya que sólo se limita a pronunciarse – y por ende normar – a las técnicas en las que exista identidad entre la madre genética y la madre gestante, supuestos dentro de los cuales no se encuentra la maternidad subrogada. Sin embargo, tal norma no contempla consecuencia jurídica alguna (sea positiva o negativa) en el caso que no se dé la identidad entre madre gestante y madre genética.

Bajo ese contexto, y según los pronunciamientos judiciales estudiados, la maternidad subrogada es un supuesto excepcional no regulado por la ley nacional.

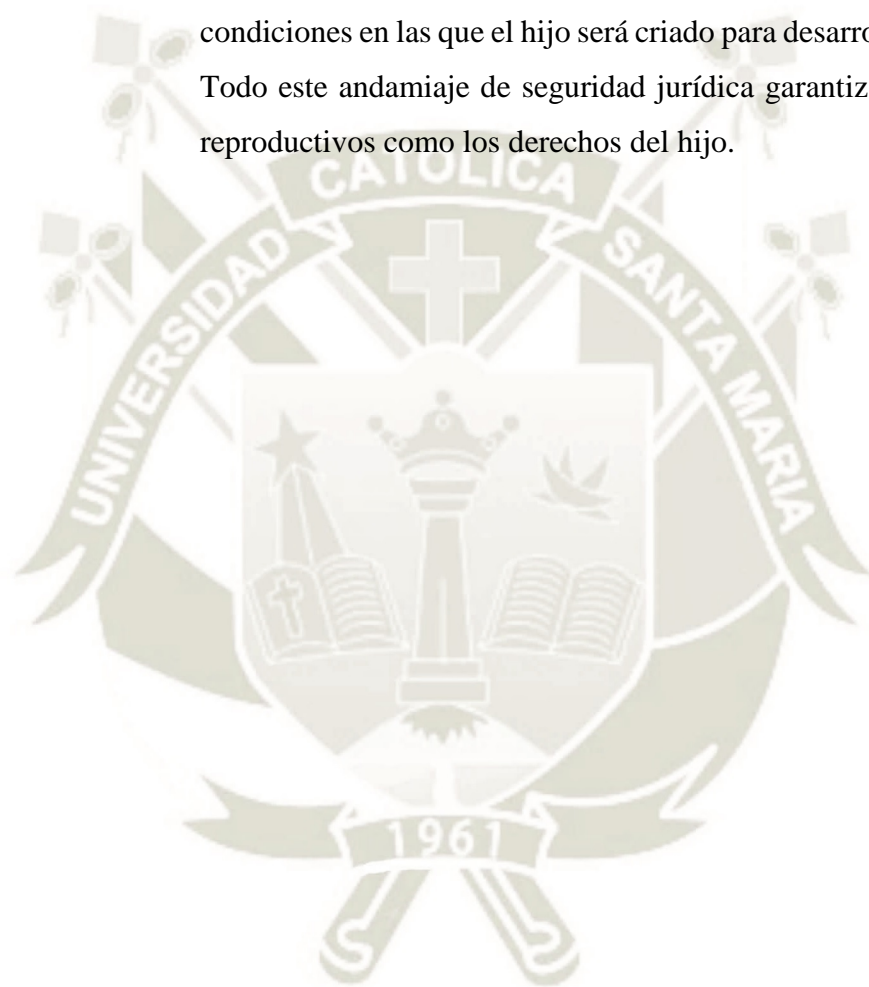
**QUINTA:** Conforme a la jurisprudencia analizada en el presente trabajo, los órganos jurisdiccionales que conocen casos vinculados a la “maternidad subrogada” los resolvieron en aplicación del principio “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que no prohíbe” (Artículo 2° inciso a de la Constitución Política del Perú), a fin de – en un primer momento – determinar que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito ya que se sustenta en el ejercicio legítimo del derecho a la salud reproductiva. Y, reconociendo que la maternidad subrogada tiene una regulación deficiente que implica la vulneración del derecho a la identidad del concebido por tal técnica, se establece que cada caso en concreto debe ser resuelto tomando en consideración: a) el material genético aportado por los padres contratantes, b) si los padres tuvieron la decisión de ser padres – voluntad procreacional; y, c) el interés superior del niño.

Así bajo estas directrices, los órganos jurisdiccionales vienen conociendo los casos de maternidad subrogada, a efecto de proteger y garantizar el derecho a la identidad del menor.

**SEXTA:** De acuerdo a los pronunciamientos jurisdiccionales analizados en los que se conocen casos de la maternidad subrogada; la técnica en mención no se encuentra expresamente prohibida en nuestra legislación, por tanto, en aplicación del principio “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que no prohíbe” (Artículo 2° inciso a de la Constitución Política del Perú), se concluye que el contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito ya que se sustenta en el ejercicio legítimo del derecho a la salud reproductiva.

**SEPTIMA:** De acuerdo a lo analizado en base a lo desarrollado sobre el problema del costo social que implica mantener a los acuerdos o contratos de maternidad subrogada fuera del ámbito de la legalidad y del Derecho Contractual, tenemos que la mejor situación a la que se puede llegar siempre es a través de la solución privada que se brinden entre las

partes intervinientes, pues los derechos que se encuentran inmiscuidos son propios y no difusos. En ese devenir, el considerar a este tipo de contratos dentro de la aplicación de las reglas del Derecho Contractual origina que se dote de seguridad jurídica a la celebración y ejecución de los mismos, disminuyendo considerablemente los impactos que podrían surgir contra los derechos del hijo, incluyendo por supuesto al derecho a la identidad y porque no mejorando también las condiciones en las que el hijo será criado para desarrollarse en familia. Todo este andamiaje de seguridad jurídica garantizaría los derechos reproductivos como los derechos del hijo.



## SUGERENCIAS

- PRIMERA:** Ante la carencia de legislación sobre Técnicas de Reproducción Asistida, específicamente Maternidad Subrogada, se vienen generando conflictos legales que vulneran – entre otros – el derecho a la identidad del menor concebido. Por tanto, es necesario considerar la pronta promulgación de una ley que de forma exhaustiva regule el uso de las TERAS y sus consecuencias (maternidad, paternidad, filiación, derechos generados, etc.) a fin de evitar la afectación de derechos fundamentales, como es el caso del derecho fundamental a la identidad (tanto en su esfera estática como dinámica).
- SEGUNDA:** Es recomendable aprobar la modificación del Artículo 7° de la Ley General de Salud, que tenga una mejor redacción que incluya todas (o al menos la mayor parte) de Técnicas de Reproducción Asistida, no limitándose solo a un sector de las mismas como ocurre actualmente.
- TERCERA:** El reconocimiento expreso legal de la Maternidad Subrogada no es suficiente, sino que deben realizarse más modificaciones a otros dispositivos legales (diferentes a la Ley General de Salud), a fin de proteger los derechos de los padres y del menor concebido.
- CUARTA:** Resulta importante que el Estado (a través de las instancias legislativas) brinde una adecuada regulación a las técnicas de reproducción asistida (como es la maternidad subrogada), que permita tratar la infertilidad como un problema de salud pública, y así evitar que nuestro ordenamiento contenga obstáculos o restricciones al uso de las técnicas de reproducción asistida. Tal es así que nuestros representantes y entidades con facultad de iniciativa legislativa deben orientar su función a mejorar la normativa referente a las técnicas de reproducción asistida, en específico la maternidad subrogada.
- QUINTA:** Es recomendable que las diferentes instancias administrativas y/o judiciales que conozcan casos vinculados a la técnica de reproducción asistida, como es la maternidad subrogada, mantengan decisiones uniformes y predecibles en su criterio; es decir que estén orientadas a dar soluciones en base a principios constitucionales y en respeto de los derechos fundamentales de los concebidos por las

técnicas de reproducción asistida y de los padres con voluntad procreacional; para cuyo efecto, es importante que cada institución dicte las directrices correspondientes.

**SEXTA:** Es recomendable que los Colegios de Abogados, Centros de Capacitación, la Academia de la Magistratura y toda entidad vinculada a la capacitación de profesionales de derechos (jueces, fiscales, trabajadores judiciales, abogados) realicen actividades que permitan la capacitación sobre el tema de las técnicas de reproducción asistida.

**SÉPTIMA:** La técnicas de reproducción asistida, en específico la maternidad subrogada, es un práctica actual y moderna que se viene desarrollando cada vez más seguido en nuestra sociedad; por lo que resulta recomendable que el Estado – en todas sus instancias – no solo adopte medidas legislativas, sino también sociales que permitan brindar seguridad jurídica tanto a los derechos de los contratantes como los derechos de los concebidos por tales técnicas.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar, B. (2017), Ausencia de Normas sobre Maternidad Asistida Generan Problemas. Urge Normatividad, Revista Actualidad Civil, Numero 36, junio 2017, Instituto Pacífico, Lima.
2. Albaladejo, M (2011): Compendio de Derecho Civil, Volumen 1, Décimo Cuarta Edición, Editorial Dykinson.
3. Arámbula, A (2008): Maternidad Subrogada por Sustitución en la Gestación. Problemas en la Determinación de la Filiación: Alternativas y Propuestas, Revista Ubi Societas Ibi Ius N° 02, Mayo-2009. Revista editada por alumnos de la Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de: <http://aboutderecho.blogspot.com>
4. Arancibia, M (2016): La Identidad como una Construcción Cultural para la Sociología, Revista Electrónica Sincretismos Sociológicos Nuevos Imaginarios, Año I, Número 2, Bolivia. Recuperado de:  
[http://www.sincretismossociologicos.com/uploads/3/2/2/6/3226167/la\\_identidad\\_como\\_una\\_construccion\\_cultural\\_para\\_la\\_sociologia.pdf](http://www.sincretismossociologicos.com/uploads/3/2/2/6/3226167/la_identidad_como_una_construccion_cultural_para_la_sociologia.pdf)
5. Arellano, A (1996): La Identidad social en Habermas, Revista Ciencias Humanas y de la Conducta, Vol. 2, N° 3, Brasil. Recuperado de:  
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5139949.pdf>
6. Arnau, F (2009): Lecciones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos, Editorial Castelló de la Plana: Publicaciones de la Universitat Jaume I, España. Recuperado de:  
<http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/24163/s7.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
7. Barchi Velaochaga, L (2017): ¿Madre Hay Una Sola? Algunos Comentarios Respecto De La Sentencia Recaída En El Expediente 6374-2016-0-1801-JR-CI-05, Edición Virtual, Foro Académico Parthenon. Recuperado de: [http://www.parthenon.pe/privado/civil-patrimonial/madre-hay-una-sola-algunos-comentarios-respecto-de-la-sentencia-recaida-en-el-expediente-06374-2016-0-1801-jr-ci-o5/#\\_ftn14](http://www.parthenon.pe/privado/civil-patrimonial/madre-hay-una-sola-algunos-comentarios-respecto-de-la-sentencia-recaida-en-el-expediente-06374-2016-0-1801-jr-ci-o5/#_ftn14)
8. Bazán, V (2008): El derecho a la vida privada y el derecho a la libertad cívica en la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Constitucionales, Año 6, N° 1.
9. Bladilo, A; De la Torre, Natalia; Herrera, Marissa. (2018). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de : Versión Digital, Argentina.

- Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00002.pdf>
10. Bullard, A. (2010). Derecho y Economía: Un Análisis de las Instituciones Legales, Segunda Edición, Editorial Palestra, Lima.
  11. Bullard, A. (1995). El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual, Revista PUCP- Ius Et Veritas, Lima.  
Recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/15475/15925>
  12. Cabrera, J (1997): Tema Especial, Ética y Procreación Humana, Cuadernos de Bioética, Volumen N° 04, Universidad Anáhuac, México. Recuperado de:  
<http://aebioetica.org/revistas/1997/4/32/1398.pdf>
  13. Camacho, J. (2009): Maternidad Subrogada: Una Práctica Moralmente Aceptable, Análisis Crítico De las Argumentaciones de sus Detractores, Versión Digital. Recuperado de:  
<http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
  14. Cárdenas Krenz, R (2015): El Derecho a la Identidad Biológica de las Personas nacidas mediante Reproducción Asistida en la Doctrina, Jurisprudencia y Legislación Peruana, Revista de Instituto de la Familia, Facultad de Derecho – UNIFE.
  15. Castells, M. (2003): La era de la Información, Volumen II, Editorial Siglo XXI, Cuarta Edición, México.
  16. Castilla, C (1988): Público, Privado, íntimo, El País, Edición América, España, Versión Digital. Recuperado de:  
[https://elpais.com/diario/1988/08/01/opinion/586389610\\_850215.html](https://elpais.com/diario/1988/08/01/opinion/586389610_850215.html)
  17. Cifuentes, R (2013). Tesis denominada Consentimiento como Elemento Esencial de los Contratos Civiles, Universidad Rafael Landivar, Guatemala
  18. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2016). El derecho a la identidad de las personas y los pueblos indígenas, Trigeminum, Ciudad de México.
  19. Corral García, E (2013): El Lenguaje Bioético en la Normativa y Jurisprudencia Sobre Problemas Biojuridicos, Recuperado de: Cuadernos de Bioética XXIV 2013/2, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, AEBI. Recuperado de:  
<http://aebioetica.org/revistas/2013/24/81/239.pdf>
  20. Corral Talciani, H (2010): Intereses y Derechos en Colisión sobre la Identidad del Progenitor Biológico: Los Supuestos de la Madre Soltera y del Donante de Gametos, Revista Ius Et Praxis, Año 16, N° 02, Universidad de Lima, Lima.

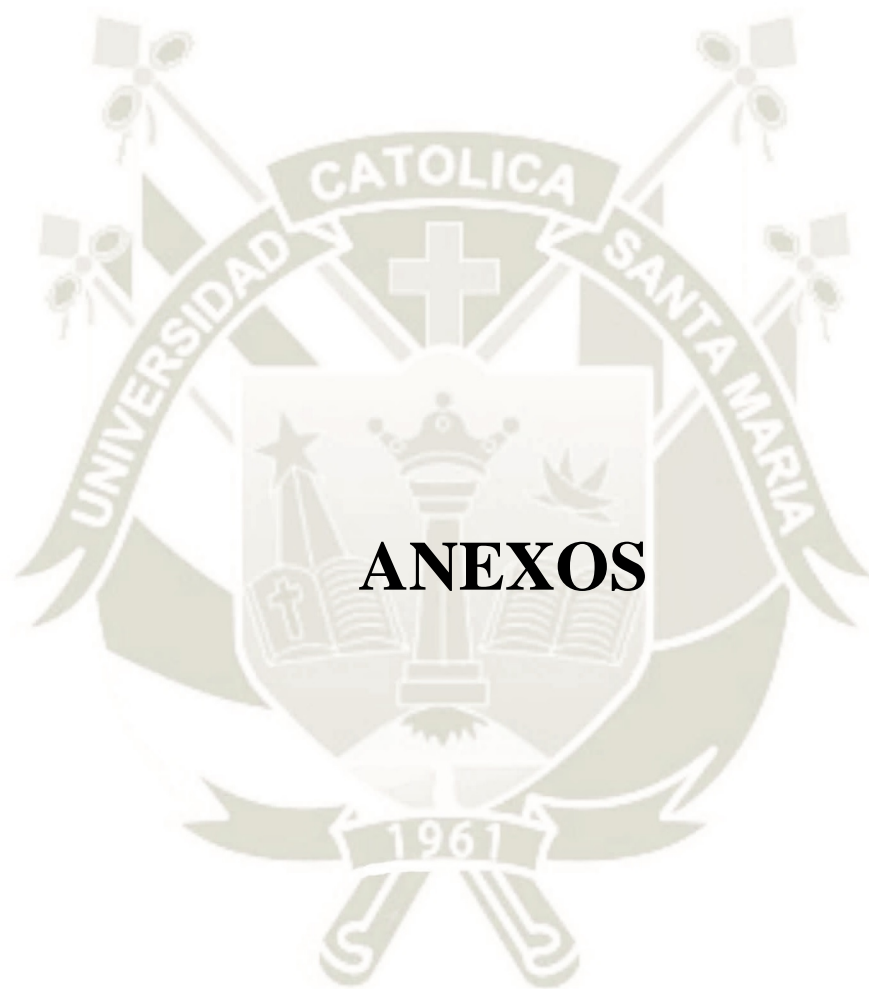
21. Defensoría del Pueblo del Perú. (2006). La Defensoría del Pueblo y el Derecho a la Identidad. Lima: Versión digital Recuperado de:  
[http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/021documentos/FB1B0965182A823D05258154005AF1AE/\\$FILE/Informe\\_N\\_107.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/comision2011.nsf/021documentos/FB1B0965182A823D05258154005AF1AE/$FILE/Informe_N_107.pdf)
22. Desantes, J (1998): El Derecho Fundamental a la Identidad, Centro de Estudios Públicos, CEP, Chile, Versión Digital Recuperado de:  
[https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46\\_desantes.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46_desantes.pdf)
23. Díaz Alderete: E (2013): El Derecho a la Identidad en los Niños Nacidos Mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida En El Proyecto 2012". Recuperado de: Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año V, N° 01, Buenos Aires, enero/febrero
24. Espinoza Espinoza, J (2012): Derecho de las Personas, Concebido y Personas Naturales, Tomo I, Sexta Edición, Editorial Grijley, Lima
25. Estrada Mora, H (2014): Informe de Investigación N° 71/2014-2015, Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo. Área de Servicios de Investigación del Congreso de la República, Lima. Recuperado de:  
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/\\$FILE/265\\_INFINVES71\\_2014\\_2015\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/82FF13D8BCEA853D0525831A0050E3D0/$FILE/265_INFINVES71_2014_2015_maternidad_subrogada.pdf)
26. Fama, M (2012): El Derecho a la Identidad del Hijo Concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, Revista Lecciones y Ensayos N° 90. Recuperado de:  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/fama.pdf>
27. Fernández, C (1992): Derecho a la Identidad Personal, Buenos Aires, Astrea
28. Fernández, C (1996): Daño al Proyecto de Vida, Revista de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 50, Lima. Recuperado de:  
[http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_7.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_7.PDF)
29. Fernández, E (2012): Identidad y Personalidad, Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia, Vol. 2, N° 04, España. Recuperado de:  
[http://www.psicociencias.com/pdf\\_noticias/Identidad\\_y\\_personalidad.pdf](http://www.psicociencias.com/pdf_noticias/Identidad_y_personalidad.pdf)
30. García Villaluenga, L y Linacero De la Fuente, M (2006): El Derecho Adoptado a conocer sus orígenes en España y en el Derecho Peruano, Editorial del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid. Recuperado de:

- [https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos\\_ficha.aspx?id=1446](https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/documentos_ficha.aspx?id=1446)
31. Giddens, A (2002): Modernidad e Identidad, Revista Región y Sociedad, Vol. XVII, N° 35, Río de Janeiro. Recuperado de: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/35/6.pdf>
  32. González, M (2011). Reflexiones sobre el Derecho a la Identidad de Niñas, Niños y Adolescentes en México. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N° 130. Recuperado de:  
<http://revistas.unam.mx/index.php/bmd/article/viewFile/23370/22083>
  33. Jenkins, R (2004): Social Identity, Cuarta Edición, Editorial Routledge, Londres
  34. Jiménez, D: Legalización de la Contratación de Alquiler de Vientre con Subrogación Materna en el Perú, In Crescendo, Revista Científica de la Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote, Vol. 1, N° 2. Recuperado de:  
<HTTP://REVISTAS.CONCYTEC.GOB.PE/PDF/INCRES/V1N2/A13V1N2.PDF>
  35. Lacalle Noriega, M (2013): La Persona como Sujeto de Derecho, Madrid, Dykinson
  36. Lamm, E (2012): Gestación por Sustitución, Revista y Derecho. InDret Revista para el análisis, Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina. Recuperado de: [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)
  37. Larrain, J. (2003). El concepto de identidad. Revista FAMECOS, Porto Alegre, N° 21
  38. Llerena Pullchs, M (2018): Técnicas de Reproducción Humana Asistida Heterologa y el Derecho a la Identidad del menor, Arequipa, 2018, Tesis para optar el título profesional de Abogada, Universidad Católica de Santa María, Arequipa.
  39. López Barahona, M (2009): Los Códigos de la Vida, Editorial Homolegens, Madrid.
  40. Luna, F. (2008): Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en América Latina. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos
  41. Martínez de Pisón, J (1997): Vida Privada e intimidad: Implicaciones y Perversiones, Anuario de Filosofía del Derecho N° XIV, Universidad de Rioja, España. Recuperado de:
  42. Martínez, A (2015). Ensayo Jurídico “Sobre el Nasciturus como sujeto de derecho que violenta los Derechos Constitucionales”, Universidad Regional Autónoma de Los Andes, UNIANDES – IBARRA, Ecuador. Recuperado de:  
<http://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/2096>
  43. Merchante Fermín, R (1987): La Adopción, Primera Edición, Editorial Depalma, Buenos Aires
  44. Mounier, E (1972): El Personalismo, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires. Recuperado de: <https://es.scribd.com/document/292509340/Emmanuel-Mounier-El-Personalismo-Eudeba-Editorial-Universitaria-de-Buenos-Aires-1972>

45. Muñoz G y Vittola (2017): El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Revista IUS, Volumen 11, N° 39, México. Recuperado de:  
<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00011.pdf>
46. Navarrete, Z (2015). ¿Otra vez la Identidad? Un concepto necesario pero imposible. Revista Mexicana de Investigación Educativa, Volumen 20, N° 65, México.
47. Olgún Britto, A (2007): Los Derechos de Filiación en las Técnicas de Fecundación Artificial, en la Familia Naturaleza y Régimen Jurídico en el Siglo XX. Jornadas Internacionales de Derecho de Familia. Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
48. Pardo, I (1999): Jóvenes construyendo su Proyecto de Vida, Editorial Magisterio Aula Viva, Colombia. Recuperado de: <http://bibliotecadigital.magisterio.co/libro/j-venes-construyendo-su-proyecto-de-vida>
49. Plácido, A (2010): La Evidencia Biológica y la Presunción de Paternidad Patrimonial, Iuris Consulto, N° 02, Editorial USIL, Lima
50. Placido, A (2015): Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Editorial Instituto Pacífico, Lima
51. Quico, R (2017). Efectos de la Legitimación Contractual como uno de los requisitos de Validez del Acto Jurídico en el Código Civil Peruano. 2016: Universidad Nacional de San Agustín
52. Ovidio, Á (2000): Proyecto de Vida como Categoría Básica de Interpretación de la Identidad Individual y Social, Revista Cubana de Psicología, Vol. N° 17, N° 3, Cuba. Recuperado de: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rcp/v17n3/08.pdf>.
53. Reyna Castro, M (2015): La Filiación del Adulto Concebido mediante Inseminación Artificial Heteróloga, en el Derecho Familiar Peruano”, Universidad Privada Antenor Orrego.
54. Revilla, J (1996). La Identidad Personal en la Pluralidad de sus Relatos. Estudio Sobre Jóvenes, Universidad Complutense de Madrid, España.
55. Rodríguez – Cadilla Ponce, R (1997): Derecho Genético, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, su Trascendencia Jurídica en el Perú, Editorial San Marcos, Lima
56. Ruiz, R (2013): Maternidad Subrogada, Trabajo de fin de grado, Departamento de Enfermería, Universidad de Cantabria, España. Recuperado de:  
<http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>

57. Salgado, H (2008): El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia ecuatoriana, Estudios Constitucionales, Año 6, N° 1, Ecuador. Recuperado de: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46\\_desantes.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183836/rev46_desantes.pdf)
58. Sánchez, R (2010): La Gestación por Sustitución: Dilemas Éticos Y Jurídicos, Revista Humanidades Médicas N° 49, España. Recuperado de: <http://www.iatros.es/wp-content/uploads/humanitas/materiales/TM49.pdf>
59. Santa María, R; Carpio, G (2018): El Reconocimiento Jurídico del Concebido y el Debate sobre el Aborto”, Instituto para el matrimonio y la familia. Obtenido de Instituto para el matrimonio y la familia, Universidad Católica San Pablo, Arequipa. Recuperado de: <https://ucsp.edu.pe/imf/investigacion/articulos/el-reconocimiento-juridico-del-concebido-y-el-debate-sobre-el-aborto/>
60. Santillán Santa Cruz, R (2014): La Situación Jurídica del Concebido en el Derecho Civil Peruano, Primera Edición, Motivensa Editora Jurídica, Lima.
61. Scotti, L (2012): El Reconocimiento Extraterritorial de la Maternidad Subrogada, Una Realidad Colmada de Interrogantes Sin Respuestas Jurídicas, Revista Pensar en Derecho, N° 01, Año 01, Argentina. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>.
62. Siverino, P (2010): ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética., Revista Jurídica UCES, Edición Virtual, Lima. Recuperado de: [http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/906/Quien\\_llamo\\_ci\\_g\\_Silverino.pdf?sequence=1](http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/906/Quien_llamo_ci_g_Silverino.pdf?sequence=1)
63. Taboada, L (1988). Causales de nulidad del acto jurídico. Revista Themis, Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10746/11237>
64. Torres, A. (2007): Rescisión y Resolución del Contrato, Artículo en Versión Digital Recuperado de: <https://www.ettorresvasquez.com.pe/pdf/RESCISION-Y-RESOLUCION.pdf>
65. Torres, M. (2017): Maternidad Subrogada, Cuando la Condición de Madre Gestante y Biológica No Coinciden, Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 48, junio de 2017, Gaceta Jurídica, Lima

66. Torres Flor, A (2014), Derecho a la identidad y reproducción humana asistida heterologa, Arequipa, Universidad Católica San Pablo
67. Urcia, M; Urbina, C; Carranza, M. (2016). El concebido en el sistema civil peruano: hacia una conceptualización. Chimbote: Universidad San Pedro. Recuperado de: <http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/299/PI1650491.PDF?sequence=1&isAllowed=y>
68. Valdés 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, Vol. N° 31, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Recuperado de:
69. Varsi, E. (2001): Derecho Genético, Editorial Grijley, Lima.
70. Varsi, E. (2017): Determinación de la Maternidad por Técnicas de Reproducción Asistida. Recuperado de: Revista Actualidad Civil. Número 34, abril 2017, Instituto Pacífico, Lima.
71. Vera, J; Valenzuela, J (2012). El Concepto de Identidad como recurso para el estudio de Transiciones, Revista Psicología y Sociedad, Vol. 24, N° 2, Brasil. Recuperado de: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822012000200004](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000200004)
72. Vila, M (1995): El derecho a la identidad personal. Cuadernos de Bioética, Volumen 6, N° 24, Universidad Complutense, Madrid. Recuperado de:
73. Villamarín Zúñiga, C (2014): La Maternidad Subrogada en el Perú ¿Problema o Solución?, Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Católica del Perú, Arequipa.
74. Zaldívar Cerpa, J (2016): Necesidad de Regulación Jurídica de la Maternidad Subrogada, Arequipa, 2013, Universidad Católica de Santa María, Arequipa.
75. Zuazua, A. (2007): El proyecto de autorrealización, Cambio, Curación y Desarrollo, San Vicente Alicante, Editorial Club Universita, Ecuador.



**ANEXO 1**  
**FICHA BIBLIOGRÁFICA (A)**

**Nº:** \_\_\_\_\_

**NOMBRE DEL AUTOR :**

**TÍTULO DEL LIBRO :**

**EDITORIAL, LUGAR, AÑO:**

**FUENTE:**

**APORTE:**



**ANEXO 2**  
**FICHA BIBLIOGRÁFICA (B)**

**N°:** \_\_\_\_\_

**PÁGINA WEB:**

**TITULO Y MARCADOR:**

**PAIS:**



**ANEXO 3**  
**FICHA TEXTUAL**

**N°:**\_\_

**INDICADOR:**

**TÍTULO:**

**NOMBRE DEL AUTOR:**

**CITA:**



#### ANEXO 4

### FICHA DE OBSERVACIÓN ESTRUCTURADA (1): JURISPRUDENCIA NACIONAL Y SUPRANACIONAL

**NOMBRE DEL CASO:**

**AÑO:**

**DATOS RELEVANTES:**

- **Partes procesales:**
  
- **Fecha de la causa:**
  
- **Pretensión procesal o derecho conculcado:**
  
- **Resumen de los argumentos:**

**PUNTOS RESOLUTIVOS**

- **Decisión de la causa:**

## ANEXO 5 CUESTIONARIO

1. ¿Conoce que dentro de las Técnicas de Reproducción Asistida se encuentra la técnica denominada “Maternidad Subrogada”?  
 Si conozco  
 No conozco
2. ¿Cómo considera a la regulación normativa respecto de las técnicas de reproducción asistida (TERAS)?  
 Buena  
 Mala  
 Regular  
 No sabe
3. ¿Considera que nuestra legislación se encuentra desfasada en lo concerniente a las TERAS?  
 Si  
 No  
 No sabe
4. ¿Considera que el Artículo 7° de la Ley General de Salud regula correctamente las TERAS en el Perú?  
 Siempre (en todos los casos)  
 Nunca (en ningún caso)  
 A veces (en algunos casos)  
 No sabe
5. De la lectura del Artículo 7° de la Ley General de Salud, ¿considera que la técnica de “Maternidad Subrogada” se encuentra permitida o prohibida en nuestro ordenamiento?  
 Prohibida  
 Permitida  
 La norma no es clara
6. ¿Conoce usted si la maternidad subrogada está específicamente regulada en nuestra legislación nacional?  
 Si  
 No  
 No sabe
7. Considera usted que la maternidad subrogada debe ser:  
 Prohibida en todos los casos  
 Permitida en todos los casos  
 Permitida en algunos casos
8. En caso considere que la maternidad subrogada deba ser permitida (en todos o algunos casos), indique ¿cuándo cree que la técnica de maternidad subrogada debe ser objeto de evaluación?

- ( ) Antes de utilizarse la técnica, debiendo contarse con una autorización de la autoridad competente
- ( ) Después del procedimiento, centrando la atención en la filiación post parto
9. Considera que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada; luego de su nacimiento, debe ser:
- ( ) Reconocido por los padres que contrataron a la madre gestante o sustituta
- ( ) Reconocido por la madre sustituta y luego – mediante un proceso de adopción – sea declarado hijo de los padres que contrataron el vientre de alquiler
10. Considera que el contrato de maternidad subrogada ¿tiene un fin lícito o ilícito?
- ( ) Fin Lícito
- ( ) Fin Ilícito
11. ¿Por qué considera que un contrato de maternidad subrogada tiene un fin lícito? Solo marque la opción que considere más importante o desarrolle el ítem “otro”
- ( ) Se basa en la manifestación de voluntad de los contratantes
- ( ) Se basa en el derecho de los padres a la salud reproductiva y utilizar técnicas de reproducción asistida
- ( ) Se basa en el derecho de los padres a desarrollar su proyecto de vida
- ( ) La ley no lo prohíbe expresamente, por tanto está permitido en nuestro ordenamiento
- ( ) Otro
- .....
12. ¿Por qué considera que un contrato de maternidad subrogada tiene un fin ilícito? Solo marque la opción que considere más importante o desarrolle el ítem “otro”
- ( ) Es inaceptable moralmente
- ( ) Es una forma de explotación de la mujer
- ( ) El hijo se convierte en objeto de comercio
- ( ) Los hijos concebidos mediante estas técnicas pueden sufrir consecuencias sociales y psicológicas
- ( ) La ley no permite la técnica
- ( ) Otro
- .....
13. ¿Considera que la regulación actual de la técnica de maternidad subrogada vulnera derechos del concebido?
- ( ) Siempre
- ( ) Nunca
- ( ) A veces
- ( ) No sabe
14. En caso haya tenido una respuesta afirmativa (Siempre o A Veces), indique ¿qué derechos considera vulnerados?
- ( ) Identidad
- ( ) No discriminación
- ( ) A la verdad

( ) Al nombre

( ) Otro

.....

15. ¿Cree usted que el menor concebido por la técnica de maternidad subrogada, debe conocer las circunstancias de su origen biológico?

( ) Siempre

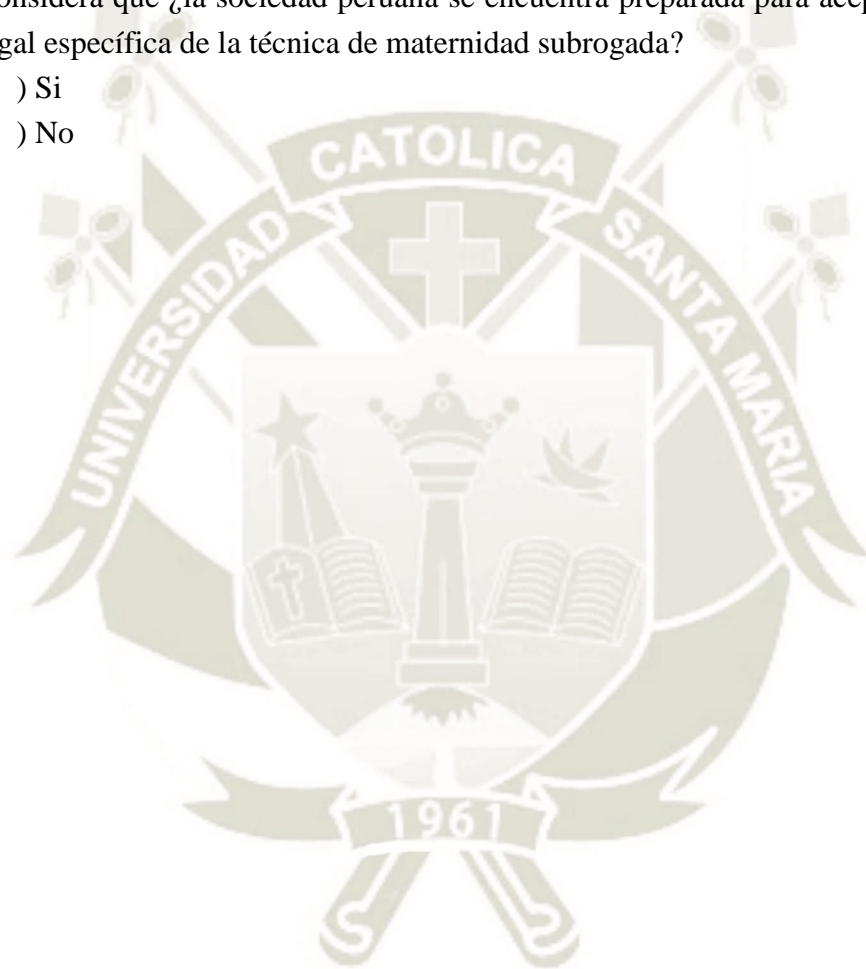
( ) Nunca

( ) A veces

16. Considera que ¿la sociedad peruana se encuentra preparada para aceptar la regulación legal específica de la técnica de maternidad subrogada?

( ) Si

( ) No



## ANEXO 6

### Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05



### CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA TERCERA SALA CIVIL

Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05  
(Ref. Exp. Sala N° 01071-2017-0)

#### RESOLUCIÓN N° 03

Lima, veintiocho de junio  
del dos mil diecisiete

#### VISTOS

Interviniendo como ponente el señor Juez Superior **Solís Macedo**.

#### MATERIA DEL RECURSO

Es materia de grado la Sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 21 de febrero de 2017 (fs. 213 a 229), que declara fundada la demanda; en consecuencia, se declaran nulas las Resoluciones Registrales Nos. 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y, 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIEC, asimismo, se anulan las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885 y, 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 Vereau (sic), así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento, 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, con costos procesales.

#### DESCRIPCIÓN DE LOS AGRAVIOS

La parte demandada interpone recurso de apelación, señalando, básicamente, los siguientes agravios:

- a) Siendo que el fondo de la litis se relaciona con el interés superior de los menores Luana Nancy y Caleb David Nieves Rojas y no de algún derecho particular de los accionantes, es necesario la participación activa del representante del Ministerio Público como representante de la sociedad y de la tutela de los derechos de los menores, a pesar que la solicitud de intervención fue rechazada de plano, no obstante que el artículo 71° del Código de los Niños y Adolescentes no estipula excepción alguna para ello, máxime si se está ventilando un derecho fundamental de ellos, para determinar su verdadera identidad y su real vinculación filial y que si bien no puede verse en un proceso lato y residual como el amparo sino ante los Juzgados de Familia, pues se requiere una etapa probatoria y tutelar de los menores.
- b) Si bien se ha ordenado que se registre a Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau como padres de los menores, no se ha precisado el vínculo filial que se debe reconocer, sea sanguíneo o adoptivo y en ninguno de dichos supuestos se dispone la anulación de la partida matriz como ha dispuesto el Juzgado, soslayando que la ley dispone de manera obligatoria mantener en reserva la Partida original para tener en consideración los impedimentos matrimoniales, lo que

constituye un fallo extra petita. Las Partidas de nacimiento se limitan a transcribir un hecho vital, presuntamente de orden natural, que consta en el Certificado de Nacido Vivo, por lo que lo ordenado en sentencia genera una divergencia sustancial entre el documento base y el documento final, por cuanto coexistirían ambos, al no haberse anulado el certificado que sirve de base y sustento para la emisión de la Partida de Nacimiento.

- c) La sentencia contraviene los alcances de la Ejecutoria de la Casación 563-2011 LIMA, por cuanto en ella se determinó que las Partidas de nacimiento constituían documentos públicos cuya eficacia sólo puede ser enervada por sentencia judicial firme que la declare, sin embargo, en el presente caso sin que exista tal resolución, las anula y enerva su eficacia sin que se encuentre firme su decisión y pronunciándose extra petita; además que en dicha ejecutoria se confirma el respeto al interés superior del niño en los informes emitidos por los órganos de custodia del estado, lo que no ocurre en este proceso, pues al no tener etapa probatoria, resulta inviable que en defensa de dicho interés se hayan obtenido los informes técnicos y sociales que permitan tener la convicción sobre el estado emocional, familiar y social del menor. Finalmente, la ejecutoria establece que la vía idónea no es la declaración de padres de los accionantes sino encausarlo como un proceso de adopción.
- d) La demandada basa su accionar en la aplicación irrestricta y sin cuestionamiento del ordenamiento jurídico peruano vigente, no pudiendo argumentarse afectación alguna al derecho de las partes. En alianza con el Ministerio de Salud se ha implementado un Sistema Automático de Registro en Línea de los nacimientos biológicos que deriva en la generación del Certificado de Nacido Vivo Digital que es el único documento oficial que acredita el alumbramiento natural de los ciudadanos y que sirve de base para el Registro y Emisión de la Partida de Nacimiento en Línea, con lo cual no se ha negado el derecho a la identidad, sino que se pretende un mejor o mayor derecho que en etapa y sede administrativa no corresponde evaluarlo.
- e) Desde la expedición de la STC N° 04293-2012-PA, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que la demandada no es competente para realizar el control difuso de las normas como en el presente caso. El Juzgado pretende interpretar derechos constitucionales para concluir de forma errada que la determinación de la paternidad o maternidad no lo determina el vínculo consanguíneo sino un derecho de acceder a mejores derechos de salud en técnicas de asistencia reproductiva, soslayando bajo una interpretación difusa lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley General de Salud que no regula expresamente este tipo de procedimientos, el cual debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en el artículo 236° del Código Civil.
- f) No se ha agotado la vía administrativa respecto a las Resoluciones Registrales materia de nulidad, al no haberse interpuesto recurso impugnativo alguno que flanquea la Ley de Procedimientos Administrativos General, llevando al consentimiento de lo resuelto y la adquisición de cosa decidida.
- g) Se ha desconocido la norma legal que establece la finalidad de los procesos constitucionales, pues lo que se encuentra en controversia no es el reconocimiento de un derecho ya adquirido o reconocido o el cumplimiento de un mandato legal o acto administrativo, sino que se ha resuelto el derecho que supuestamente corresponde a los demandantes que se deriva de la interpretación de los derechos fundamentales.
- h) Al momento de sentenciar, se ha aplicado el control difuso de la constitucionalidad de las leyes, habiendo dejado inaplicable la determinación de los vínculos filiales dentro del matrimonio, conforme al Código Civil, así como el artículo 7° de la Ley General de Salud, por lo que corresponde la aplicación del artículo 14° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, concordante con el tercer párrafo del artículo 3° del Código Procesal Constitucional, debiendo elevarse en consulta los autos a la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- i) No corresponde el abono de costos procesales, en vista que la demandada se ha limitado al ejercicio regular de sus obligaciones normativas.

## CONSIDERANDO

**PRIMERO:** De acuerdo a lo expresado en su escrito de demanda (fs. 144 a 166), así como de su escrito ampliatorio (fs. 168 a 171), la sociedad conyugal, conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, así como la sociedad conyugal integrada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, en representación propia y de los menores inscritos como L.N.N.R. y C.D.N.R., han solicitado mediante el presente proceso constitucional que:

- a) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 299-20 16-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 300 -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.
- b) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R., procediéndose al respectivo reconocimiento.
- c) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que Aurora Nancy Ballesteros Vereau es la madre de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R., efectuándose la respectiva rectificación.

Al respecto, la presente demanda se sustenta en la afectación del derecho a la identidad y del interés superior del niño respecto a los menores y del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a los derechos sexuales y reproductivos respecto de los demandantes.

**SEGUNDO:** En cuanto al derecho a la identidad, debe tenerse en cuenta que:

- a) El artículo 18° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que: *“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”*.
- b) El artículo 24° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:  
  1. *Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.*
  2. *Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”*.
- c) El inciso 1 del artículo 2° de la Constitución establece que toda persona tiene derecho: *“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*.
- d) El Tribunal Constitucional ha reconocido en su jurisprudencia que: *“(…) entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo 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.)”*. (STC N° 2273-2005-HC/TC, fundamento 21. En igual sentido, Cfr. STC N° 05829-2009-PA/TC, fundamento 2 y STC N° 04509-2011-PA/TC, fundamento 9).

Asimismo, respecto al interés superior del niño, las normas señalan:

- a) El artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que: *“Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales”*.
- b) El artículo 19° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”*.
- c) El artículo 16° del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" manifiesta que: *“Todo*

*niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.*

- d) El artículo 24° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que:  
“1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.  
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre”.
- e) El Principio 2 de la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959) ha establecido que: “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.” Asimismo, el segundo párrafo del Principio 7 de dicha Declaración establece que “El interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.
- f) El inciso 1) del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) señala que: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.
- g) El artículo 4° de la Constitución establece que: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.
- h) El artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes manifiesta que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.
- i) El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha señalado que: “el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.” (STC N° 02079-2009-HC/TC, fundamento 13) y además que “el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente presupone que los derechos fundamentales del niño, niña y adolescente, y en última instancia su dignidad, tienen fuerza normativa superior no sólo en el momento de la producción de normas, sino también en el momento de la interpretación de ellas, constituyéndose por tanto en un principio de ineludible materialización para el Estado, la sociedad en su conjunto y la propia familia, incluidos claro está el padre, la madre o quien sea el responsable de velar por sus derechos fundamentales”. (STC N° 04058-2012-PA/TC, fundamento 19).

**TERCERO:** Sobre los **derechos sexuales y reproductivos** (los que se proyectan no sólo sobre el libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar, sino también al derecho a la salud), debe precisarse que:

- a) El artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ha establecido que:  
“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.  
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.  
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

- b) El artículo 25° de la antedicha Declaración Universal señala que:
1. *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*
  2. *La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.*
- c) El artículo 23° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta que:
1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*
  2. *Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.*
  3. *El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*
  4. *Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.*
- d) El artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que: *“Toda persona tiene derecho a constituir familia; elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”* Asimismo, el artículo XI de dicha Declaración Americana sostiene que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.”*
- e) El artículo 17° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que:
1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.*
  2. *Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.*
  3. *El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.*
  4. *Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.*
  5. *La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”*
- f) El artículo 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) establece que:
1. *Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.*
  2. *Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho:*
    - a. *La atención primaria de la salud, entendiéndose como tal la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos y familiares de la comunidad;*
    - b. *La extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;*
    - c. *La total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;*
    - d. *La prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas; profesionales y de otra índole.*
    - e. *La educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud; y,*
    - f. *La satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.”*
- g) El artículo 15° del antedicho Protocolo señala que:
1. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.*
  2. *Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.*
  3. *Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:*
    - a. *Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;*
    - b. *Garantizar a los niños una adecuada alimentación tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;*
    - c. *Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;*
    - d. *Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”*

- h) El artículo 6° de la Constitución señala que: *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.”* Asimismo, el artículo 7° señala que *“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.”*
- i) Conforme al inciso i) del artículo 6° de la Ley N° 28983 – Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, el Poder Ejecutivo, gobiernos regionales y gobiernos locales, en todos los sectores, adoptan políticas, planes y programas, integrando los principios de la presente Ley de manera transversal, siendo uno de sus lineamientos, *“Garantizar el derecho a la salud en cuanto a la disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad a los servicios, con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura.”*

**CUARTO:** Respecto a los derechos sexuales y reproductivos en particular, la jurisprudencia supranacional de referencia en dicha materia es la emitida por la **Corte Interamericana de Derechos Humanos** respecto al **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica**, donde dicho Colegiado halló responsabilidad en dicha nación por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual ha expresado los siguientes pareceres:

- a) *“143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. 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. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.”*
- b) *“146. (...) el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”. Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos”.*
- c) *“148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. En relación con el derecho a la integridad personal, cabe resaltar que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la salud genésica significa que “la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud”. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994, y la Declaración y el Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, contienen definiciones de*

la salud reproductiva y de la salud de la mujer. De acuerdo a la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, "los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva". Además, adoptando un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que:

"La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos".

- d) "150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona."

**QUINTO:** En el presente caso, se ha acreditado la existencia de un **Acuerdo Privado de Útero Subrogado**, suscrito de un lado, por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau<sup>1</sup> (pareja beneficiaria) y, de otro lado, por Fausto César Lázaro Selecio y Evelin Betzabé Rojas Urco<sup>2</sup> (pareja colaboradora), con fecha 13 de enero de 2015 (fs. 13 a 17), mediante el cual la pareja colaboradora manifiesta su libre voluntad de ayudar a la pareja beneficiaria a que sean *padres biológicos de un niño(a) (os)* sometiéndose a un tratamiento médico de Técnicas de Reproducción Asistida, debido a que Aurora Nancy Ballesteros Vereau médicamente no puede sostener un embarazo<sup>3</sup>.

Se precisa, además, que ***el embrión que será transferido al útero de Evelin Betzabé Rojas Urco ha sido concebido por la pareja beneficiaria mediante Fertilización in Vitro con Transferencia Embrionaria (FIV TE), asumiendo ellos los derechos y obligaciones que les corresponde como padres***, precisándose que la pareja colaboradora es ajena

<sup>1</sup> Con fecha 21 de enero de 2005 se celebró el matrimonio entre Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, conforme su respectivo Acta de Matrimonio (fs. 11).

<sup>2</sup> Con fecha 18 de febrero de 1995 se celebró el matrimonio entre Fausto César Lázaro Selecio y Evelin Betzabé Rojas Urco, conforme su respectivo Acta de Matrimonio (fs. 12).

<sup>3</sup> Hecho acreditado con sus Historias Clínicas obrantes en autos, en particular, la Historia Clínica de Consulta Externa de la Clínica Cefra, de fecha 29 de noviembre de 2011 (fs. 53 y ss.), en la cual se consigna dentro del diagnóstico de la paciente, *infertilidad primaria y falla ovárica*, además del Informe Médico emitido por Patricia Orihuela C., especialista en Ginecología y Obstetricia, respecto de la paciente Aurora Nancy Ballesteros Vereau de fecha 17 de enero de 2016 (fs. 99), en el que se establece que, considerando la edad de la paciente (52 años) y sus antecedentes (quiste renal derecho, hidronefrosis derecha, infecciones urinarias a repetición, antecedente de fertilización in vitro con ovodonación fallido y crecimiento sub-óptimo de endometrio al estímulo estrogénico) se le advierte pobre pronóstico para lograr una gestación y se considera de muy alto riesgo obstétrico de lograr un embarazo.

genéticamente al embrión, siendo la pareja beneficiaria con quienes se establece lazos de correspondencia genética.

Asimismo, existe el compromiso de la pareja colaboradora de estar concibiendo el niño para el sólo propósito de entregarlo a la pareja beneficiaria y están de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias y otros documentos posteriores luego del subsiguiente nacimiento del niño y participar voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad necesario para que los nombres de la pareja beneficiaria figuren en la partida de nacimiento del niño como los padres naturales o biológicos.

Además, se plasma la voluntad de la pareja beneficiaria de reconocer que el niño o niños que nazcan a consecuencia de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida tendrán la condición de hijos de ambos para todos los efectos, comprometiéndose a asumir los deberes y derechos como padres, siendo dicha condición irrenunciable, conforme a ley, y que la pareja colaboradora se compromete expresamente a entregar al menor o menores a la pareja beneficiaria después del alumbramiento.

**SEXTO:** También se ha acreditado mediante las respectivas pruebas de ADN que Evelin Betzabé Rojas Urco no es madre biológica de L.N.N.R. (fs. 18) ni de C.D.N.R. (fs. 19) y que Fausto César Lázaro Selecio no es padre biológico de L.N.N.R. (fs. 20) ni de C.D.N.R. (fs. 21). En cambio, queda acreditado que Francisco David Nieves Reyes tiene un vínculo de paternidad biológica con L.N.N.R. (fs. 22 a 23) y con C.D.N.R. (fs. 24 a 25).

**SÉPTIMO:** Sin embargo, se observa que, mediante las Actas de Nacimiento N° 3002217885 (fs. 06) y 3002217908 (fs. 05) se registró el nacimiento ocurrido con fecha 19 de noviembre de 2015 de los menores C.D.N.R. y L.N.N.R. respectivamente, detallándose que *Francisco David Nieves Reyes es su padre y Evelin Betzabé Rojas Urco es su madre.*

Asimismo, de acuerdo a las Resoluciones Registrales NOS. 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC (fs. 07 a 08) y, 300-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC (fs. 09 a 10), ambas de fecha 29 de febrero de 2016, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, declaró improcedente las solicitudes de rectificación vía administrativa de las Actas de Nacimiento Nos. 3002217885 y 3002217908, correspondientes a los menores C.D.N.R. y L.N.N.R., respectivamente, por cuanto se considera que dichas Actas, fueron asentadas de conformidad con el procedimiento registral establecido, presentándose el Certificado de Nacido Vivo correspondiente, documento que sustenta el registro del acta no existiendo error al momento del asiento al haberse consignado en las actas la información

contenida en el certificado, no siendo susceptibles de ser corregidas en la vía administrativa, quedando expedito el derecho de acudir a la vía jurisdiccional correspondiente.

**OCTAVO:** De acuerdo a lo antes expresado, nos encontramos frente a un caso de **Fertilización In Vitro – Transferencia Embrionaria con Ovocitos Donados (Ovocesión u Ovodonación)**, conforme se advierte del Informe de Procedimiento respectivo (fs. 82), producto de lo cual fueron fertilizados en el laboratorio, dos óvulos de una donante *anónima* con el semen del esposo de la pareja beneficiaria (Francisco David Nieves Reyes), los que posteriormente fueron implantados en la que será la madre gestante, perteneciente a la pareja colaboradora (Evelin Betzabé Rojas Urco). A consecuencia de dicho procedimiento reproductivo, nacieron los menores C.D.N.R. y L.N.N.R.

Al respecto, tratándose de una Técnica de Reproducción Asistida, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo al artículo 7° de la Ley N° 26842 – Ley General de Salud, *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”*.

En ese sentido, la norma sanitaria permite que el uso de las Técnicas de Reproducción Asistida en aquéllos casos en que exista identidad entre la madre genética y la madre gestante. Sin embargo, la referida norma, *no contempla consecuencia jurídica alguna, sea positiva o negativa, en el caso en que no se dé la identidad entre madre genética y la madre gestante*, como ocurre en el presente caso (donante anónima / madre gestante). Por tanto, se puede concluir que el presente caso es uno que se encuentra **fuera** de la regulación establecida en el artículo 7° de la Ley General de Salud, situación que no trae como consecuencia su inaplicación –como interpreta erradamente la entidad demandada–, sino la verificación en los hechos de **un supuesto no previsto en ella (vacío normativo)**, y en tanto no se encuentre prohibido dicho supuesto, resulta de aplicación el principio contenido en el párrafo a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, en tanto *“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”*, por lo que dicha práctica, se encuentra permitida, al no encontrarse prohibición alguna en la norma sanitaria, como ya lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la República en la Ejecutoria recaída en la **Casación 4323-2010 LIMA**<sup>4</sup>, instancia que previamente advirtió del

<sup>4</sup> **Séptimo** - Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer

silencio existente de la legislación nacional en la *Ejecutoria recaída en la Consulta 2141-2009 LIMA*<sup>5</sup>.

**NOVENO:** En ese sentido, se verifica que la gestación efectuada mediante un *útero subrogado* que se acredita en el presente caso, se ha llevado a cabo con un *motivo humanitario*, en los términos del artículo 6<sup>o</sup> del Código Civil, en tanto las dos parejas en su conjunto reconocen en la demanda que Evelin Betzabé Rojas Urco (madre gestante), decidió de forma *altruista y desinteresada* ofrecer su ayuda en el proceso de procreación, dada la imposibilidad de concebir por parte de Aurora Nancy Ballesteros Vereau, lo que se ratifica de acuerdo al contenido del Informe Psicológico emitido por la psicóloga Carla Albornoz Álvarez practicado a la pareja colaborada con fecha 08 de enero de 2015 (fs. 97 a 98).

En ese sentido, resulta admisible dicha práctica como Técnica de Reproducción Asistida, en tanto *“La gestación debe ser planteada en términos altruistas, en la cual una persona, la madre subrogada, acepta libremente ayudar a una pareja, los subrogantes, en la gestación de un hijo, sin atentar contra su integridad física ni moral. Si es un acto libre de la madre subrogada, que no viola su autonomía y hecho por un acto de solidaridad humana, la subrogación puede ser aceptada moralmente”*<sup>7</sup>

**DÉCIMO:** En ese sentido, la práctica de la antes señalada Técnica de Reproducción Asistida ha permitido concretar, con intervención de la ciencia, la inicial voluntad de la pareja beneficiaria de tener una descendencia, lo que en un primer momento se frustró como consecuencia del estado de salud de Aurora Nancy Ballesteros Vereau, tanto porque tras un proceso de estimulación ovárica, sus óvulos no podían llegar a un nivel de maduración necesario para que se produzca el embarazo y porque, aún recurriendo a un tratamiento anterior de Fertilización *In Vitro* – Transferencia Embrionaria con Ovodonación, no pudo implantarse con éxito en su útero. Con ello, se puede entender que ante dicha realidad

---

*puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, reconocido por el Tribunal Constitucional: “En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido” ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”, por consiguiente el aludido procedimiento de “ovodonación” [sic] no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.”*

<sup>5</sup> **“DUODÉCIMO:** Conforme se advierte de lo expuesto, la técnica reproductiva de la madre subrogada así como de otras técnicas que no sean la de la reproducción asistida por fecundación *in vitro* homologa quedarían al parecer proscritas en nuestra legislación, no obstante, debe considerarse, que al margen del dispositivo legal precitado, la legislación nacional guarda el mas absoluto silencio sobre este tema en el que por lo demás tampoco se ha visto enriquecida por la jurisprudencia nacional.”

<sup>6</sup> **“Artículo 6.-** Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

*Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.”*

<sup>7</sup> VÉLEZ CORREA, Luis Alfonso *Ética médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*. Tercera edición, Corporación para Investigaciones Biológicas, Medellín – Colombia, 2003, p. 197.

adversa y habiendo recurrido a métodos reproductivos anteriores sin éxito, la pareja beneficiaria recurrió *en forma supletoria y no alternativa* a la Técnica de Reproducción Asistida antes detallada, esta vez con el respectivo éxito. Siendo así, se puede concluir que Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau ejercitaron de forma responsable sus derechos sexuales y reproductivos, tal como han sido reconocidos en la jurisprudencia supranacional, a fin de alcanzar la paternidad que le fuera negada por naturaleza, sin que por ello se haya sacrificado la dignidad de los intervinientes en dicha práctica, lo cual encuentra correlato en el *derecho a la salud* –en especial, en la dimensión reproductiva<sup>8</sup>–, en tanto se ha recurrido a un método científico de ayuda para la reproducción humana, como consecuencia de la ausencia de un pleno estado de salud, debiéndose recordar que la Constitución de la Organización Mundial de la Salud estableció como concepto amplio que *“La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*<sup>9</sup>, tanto más si la infertilidad, en forma particular, es una enfermedad del aparato reproductor y, en general, se considera un problema de salud pública, que debe ser atendido de forma eficaz y oportuna por el Estado peruano<sup>10</sup>.

**DÉCIMO PRIMERO:** Asimismo, se puede observar el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, mediante métodos científicos y que no se encuentran proscritos por la legislación nacional, se ha orientado hacia la *fundación de una familia* con los menores C.D.N.R. y L.N.N.R., derecho que se encuentra reconocido en la legislación supranacional y que al estar constituida como tal, tiene protección de la comunidad y del Estado, conforme lo señala la Constitución. Siendo así, el reconocimiento de dicha realidad debe ser prioritario para el Estado para la concreción absoluta de dicho derecho fundamental, situación que en autos no se observa, en cuanto la entidad demandada no ha permitido dicha situación, como consecuencia de las Resoluciones Registrales que se cuestionan en Autos.

Asimismo, el referido ejercicio de dichos derechos sexuales y reproductivos también representa una manifestación clara del *derecho de autodeterminación reproductiva*, ligado estrechamente *al derecho al libre desarrollo de la personalidad*<sup>11</sup>, en tanto Francisco David

<sup>8</sup> STC N° 00008-2012-AI/TC:

“85.

(...)

*Es claro que algunas de las más importantes manifestaciones del derecho a la salud se relacionan con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellas propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y posnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica), así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a información y educación sexual.”*

<sup>9</sup> Disponible en línea: <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)> (Consulta: 28 de junio de 2017)

<sup>10</sup> Para mayor información, Cfr. ROA-MEGGO, Ysis, “La infertilidad como problema de salud pública en el Perú” En: Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, Vol. 58, núm. 2 (2012), pp. 79-85 (en línea); <<http://www.spog.org.pe/web/revista/index.php/RPGO/article/download/77/71>> (Consulta: 28 de junio de 2017)

<sup>11</sup> STC N° 02005-2009-AA/TC:

Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau tuvieron desde hace mucho tiempo la voluntad de procrear, lo que finalmente se pudo realizar mediante la intervención de la ciencia (así como de la predisposición altruista de Evelin Betzabé Rojas Urco). Por tanto, dicho derecho, no puede ser restringido por la negativa administrativa de la entidad demandada en registrar un hecho que se ha sido constatado de forma objetiva mediante la ciencia, que supera abiertamente la legalidad existente, en la cual se pretende amparar la demandada, más aún cuando ha quedado demostrado que el ordenamiento jurídico peruano no responde de forma adecuada a las nuevas realidades científicas que precisamente permiten concretar la satisfacción de los derechos fundamentales de las personas, con pleno respeto de su dignidad como ser humano.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Ahora bien, si bien es cierto que el Certificado de Nacido Vivo, al que se refiere el inciso a) del artículo 25<sup>o</sup><sup>12</sup> del Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, aprobado por el Decreto Supremo N° 015-98-PCM, resulta el sustrato por el cual se produce la inscripción de los recién nacidos en RENIEC, no es menos cierto que el formato correspondiente<sup>13</sup> responde a la identidad entre madre genética y biológica que contempla el artículo 7° de la Ley General de Salud, *sin que se haya permitido la existencia de un supuesto distinto a aquél, como el del presente caso*, conforme ya ha sido explicado por la notoria ausencia de regulación de los supuestos sobre Técnicas de Reproducción Asistida, fuera de los establecidos en el artículo 7° de la Ley General de Salud, lo que de hecho repercute en la legislación civil y de los registros civiles.

En ese sentido, si bien se verifica que, como consecuencia de ello, se ha inscrito a la madre gestante como uno de los progenitores de los dos menores C.D.N.R. y L.N.N.R., no menos cierto es que dicha situación que en apariencia resulta legal, siguiendo el principio general del Derecho Romano "*Mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit*" (Digesto, Libro II, Título IV, 5) [La madre siempre es cierta, aunque hubiere concebido del vulgo], pero que no

---

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

<sup>12</sup> Artículo 25.- Es deber y derecho del padre y la madre inscribir de manera individual o conjunta a sus hijos recién nacidos, dentro de los plazos establecidos en los Artículos 23 y 24 de este Reglamento, para lo cual acompañaran cualquiera de los siguientes documentos:

a) Certificado de nacimiento expedido por profesional competente o constancia otorgada por persona autorizada por el Ministerio de Salud, de haber atendido o constatado el parto.

b) Declaración Jurada de la autoridad Política, judicial o religiosa confirmando el nacimiento, dentro del plazo de 30 días de ocurrido el mismo, siempre que en la localidad donde se produjo el nacimiento no exista profesional u otra persona competente que pueda atender o constatar el parto.

Se entiende por profesional competente al médico, obstetra o enfermero con título reconocido por el Estado."

<sup>13</sup> Resolución Gerencial N° 001-2012/GOR/RENIEC: Aprueban el formulario de Nacido vivo de Emisión manual y en línea, respectivamente, que como anexo forman parte de la presente resolución (en línea); <ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2012/RG-001-2012-GOR.pdf> (Consulta: 28 de junio de 2017).

*responde a la realidad de los hechos*, en la cual se ha constatado en forma objetiva, con rigor científico, que ella no es la madre biológica de dichos menores, conforme a los exámenes de ADN que les han sido practicados y en razón de lo cual, la pareja beneficiaria ha acudido a la vía judicial, no para buscar una declaratoria, sino *el reconocimiento* como padres de dichos menores, hecho sobre el cual no existe controversia alguna entre la pareja beneficiaria y la pareja colaboradora.

**DÉCIMO TERCERO:** Cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha especificado como elemento de la Partida de Nacimiento, *la identidad y dirección de los padres*, en tanto *“Establece la filiación y la paternidad es decir, el vínculo familiar respecto al hijo en primer grado de consanguinidad en línea recta; asimismo, otorga deberes y derechos tales como la patria potestad y la complejidad de otros que de ella derivan. En el ámbito del derecho penal sirve para establecer circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes. Estos datos, como la identidad, la dirección, nacionalidad y profesión de los padres, tienen efectos útiles para fines estadísticos.”* (STC N° 02273-2005-PH/TC, fundamento 18).

Siendo así, aún cuando el Certificado de Nacido Vivo haya registrado de forma errónea a la madre gestante perteneciente a la pareja colaboradora *en el tiempo del parto*, corresponde que se declare la nulidad de las respectivas Partidas de Nacimiento, en tanto se encuentra afectado principalmente el derecho de los menores C.D.N.R. y L.N.N.R. para que sea reconocida la pareja beneficiaria como sus padres ante la Ley nacional, *en forma excepcional*, dada la práctica de una Técnica de Reproducción Asistida, tanto más si la madre gestante no tiene controversia alguna respecto a dicho pedido, esto es, que no ha hecho reclamo de algún derecho respecto a la solicitud formulada por la pareja beneficiaria, quien *inicialmente tuvo la voluntad procreacional* de tener descendencia, lo que no pudo concretarse en su oportunidad, sino sólo tras optar por una Técnica de Reproducción Asistida y que actualmente ejercen con plenitud el papel de padres, entendida como encargada del cuidado y tutela de los menores.

**DÉCIMO CUARTO:** Ese sentido, la argumentación planteada por la entidad demandada ha desconocido en forma sistemática la obligación del Estado en velar por el interés superior del niño, y en particular, su derecho a la identidad y al desarrollo normal de su personalidad, el cual se encontrará realmente tutelado, siempre que proceda la inscripción de la pareja beneficiaria como padres de los menores.

La realidad de los hechos ha demostrado que la voluntad procreacional de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau estuvo presente con anterioridad al uso exitoso de la Técnica de Reproducción Asistida, lo que finalmente ha sido concretado por

medio de la ciencia en la gestación y nacimiento de los menores de edad C.D.N.R. y L.N.N.R.. Frente a dicha realidad, la justicia constitucional debe preferir en el presente caso, el **interés superior del niño** como principio rector para determinar que dichos menores, deben ser registrados como hijos de Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, no sólo porque el primero de ellos sí es el padre genético de los menores y que ambos tuvieron la decisión anterior y presente de ser padres, sino también porque actualmente tienen la guarda de los menores, comportándose con todos los deberes y derechos que la paternidad/maternidad impone por naturaleza y por ley, velando sobre todo por la estabilidad emocional de los menores, quienes se están formando dentro de un hogar donde identifican a Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau como sus padres, situación que la ley y la sociedad deben reconocer formalmente.

En ese sentido, producto de ser parte de una familia formada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Vereau, como manifestación plena de su *derecho a la identidad*, deberán ser registrados y llamados con los apellidos de ambas personas, como sus padres ante la ley, teniendo en cuenta que *“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 N° 04509-2011-PA/TC, fundamento 10).

Por dichas consideraciones, corresponde confirmar lo resuelto por el Juez de la causa en todos sus extremos y, consecuentemente, desestimar los agravios por las razones que se pasa a exponer.

**DÉCIMO QUINTO:** En ese punto, corresponde recordar que la salvaguarda de los derechos que atañen a los menores de edad C.D.N.R. y L.N.N.R. no puede estar mediatizada por las consideraciones expresadas por la RENIEC durante el proceso, las que precisamente acreditan la vulneración a sus derechos constitucionales a la identidad y al principio del interés superior del niño y, por extensión, a los derechos constitucionales de los demandantes.

En ese sentido:

- a) Respecto a la pretendida intervención del Ministerio Público, debe tenerse en cuenta que resulta manifiestamente improcedente, no sólo porque no es parte en los procesos de amparo, al no haber sido dispuesta en forma imperativa ni en el Ley Orgánica del Ministerio Público, ni en el Código Procesal Constitucional, ni en ninguna otra norma legal –el artículo 71° del Código de los Niños y Adolescentes

invocado tampoco lo dispone de forma expresa–, sino además porque dicha solicitud ya se realizó dentro del proceso (fs. 195), la cual fue declarada improcedente mediante la Resolución N°02, de fecha 11 de agosto de 2016 (fs. 197 a 198), la cual no fue objeto de impugnación por la entidad demandada.

- b) Sobre el parentesco que es reconocido mediante la presente sentencia respecto a ambos padres con los menores tutelados, que la demandada solicita debe ser precisado para su inscripción, debe precisarse que no puede ser *sanguíneo*, pues de serlo, sólo tutelaría el derecho de Francisco David Nieves Reyes mas no el de Aurora Nancy Ballesteros Vereau, ni puede ser *adoptivo*, pues Francisco David Nieves Reyes no puede ser padre adoptivo de su propio hijo biológico; por lo que nuevamente nos encontramos frente a un *supuesto excepcional no regulado por la ley nacional*, producto de la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, en cuyo caso deberá reconocerse a Francisco David Nieves Reyes y a Aurora Nancy Ballesteros Vereau un *parentesco afectivo–social* producto de la inicial voluntad procreacional que siempre tuvieron ambos padres, quienes intentaron serlo sin éxito, con anterioridad al nacimiento de los menores que son materia de tutela, el cual se refuerza en el caso de Francisco David Nieves Reyes, al cual también le corresponde ser reconocido como *padre biológico* de ambos menores, conforme ha sido demostrado científicamente en Autos.
- c) En cuanto a la Partida de nacimiento, debe precisarse que la nulidad declarada por el Juez de la causa no constituye un fallo *extra petita*, pues por el contrario, se encuentra conforme al efecto restitutivo del proceso de amparo, en tanto la rectificación de las actas de nacimiento de los menores cuyos derechos se tutela implicaría el registro de una anotación adicional con el cambio de uno de los progenitores, aunque seguiría siendo mencionada Evelin Betzabé Rojas Urco en dicho documento, la misma, que luego del nacimiento no tiene lazo alguno con dichos menores, mientras que una nueva Partida contendría únicamente a los padres reconocidos en Autos, cuyo registro precisamente se busca en la demanda. En todo caso, mediante la presente sentencia se ha enervado la eficacia de las Partidas de nacimiento anteriores, lo que es, contrario a lo señalado por la demandada, coherente con la Casación 563-2011 LIMA. Finalmente, la suficiencia probatoria aportada por la parte demandante, cuya actuación es inmediata, ha determinado que en base a ellas se reconozca el derecho que se busca en autos, dentro de los límites permitidos en el proceso de amparo, conforme al artículo 9° del Código Procesal Constitucional.
- d) Sobre el Certificado de Nacido Vivo, como sustrato de las Partidas de Nacimiento cuya nulidad ha sido declarada en Autos, dicha atingencia, ya ha sido absuelta

conforme a los considerandos décimo segundo y décimo tercero de la presente sentencia de vista.

- e) En cuanto a la prohibición de ejercer el control difuso en vía administrativa, debe recordarse que con los efectos que contiene tanto la sentencia de vista como los de la de primera instancia, no se ha declarado el control difuso de las normas que se invocan, lo que en efecto tampoco correspondía a la entidad demandada. Sin embargo, a ella sí le correspondía su interpretación conforme a la Constitución, lo que no fue ejercido por la entidad demandada y que configura la vulneración de los derechos constitucionales invocados en la demanda.
- f) Respecto a la ausencia de impugnación administrativa de las Resoluciones registrales materia del proceso, este Colegiado asume la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en un caso análogo contra la propia demandada, precisándose que *“(…) la identidad constituye un presupuesto para que la persona pueda ejercer su fundamental libre desenvolvimiento de la personalidad, sin la cual, la persona deviene en un ente carente de personalidad y, prácticamente, en un ser que no es plenamente un sujeto de derecho. Tal degradación de la condición humana es totalmente contraria con el principio fundamental de dignidad de la persona y, en cuanto supremo principio del ordenamiento, imponer que la tutela jurisdiccional sea particularmente urgente cuando se trata de reparar una situación contraria al mismo”* (RTC N° 06745-2006-AA/TC, fundamento 4), con lo cual se consideró que *“(…) en el presente caso el agotamiento de la vía previa no es exigible debido a que su trayecto podría convertir en irreparable la lesión, tal como lo establece la excepción establecida en el artículo 46°, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. En efecto, la imposibilidad del libre desenvolvimiento de la personalidad y la ausencia práctica de personalidad que conlleva la carencia de identidad, se proyecta sin solución de continuidad, de manera continuada, de modo que cuanto mayor es el tiempo en que se proyecta, la lesión va deviniendo en irreparable, mucho más en cada momento”* (RTC N° 06745-2006-AA/TC, fundamento 5).
- Entonces, siendo materia del presente proceso, la vulneración al derecho a la identidad, aún más tratándose de menores de edad, resulta inexigible lo propuesto por la entidad demandada.
- g) Sobre el supuesto desconocimiento de la finalidad de los procesos constitucionales, de acuerdo a lo ya manifestado en el décimo segundo considerando, Francisco David Nieves Reyes y a Aurora Nancy Ballesteros Vereau, han acudido a la vía judicial del proceso de amparo para su debido *reconocimiento* como padres de los menores C.D.N.R. y L.N.N.R., con lo cual se reponen las cosas al estado anterior de la vulneración de los derechos de dichos menores y de los demandantes, conforme lo señala el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.
- h) Finalmente, respecto a la supuesta aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, corresponde precisar que en el análisis tanto de la

Sentencia de primera instancia como en el de la presente Sentencia de Vista, no se ha declarado la inaplicabilidad de los artículos respectivos de la determinación de los vínculos filiales dentro del matrimonio, ni mucho menos el artículo 7° de la Ley General de Salud por presunta incompatibilidad con la Constitución, sino que se les ha dado una interpretación conforme a la Constitución, en tanto *existe un vacío normativo respecto al caso concreto*, pues no resultan normas de carácter prohibitivo sobre la situación planteada en el presente proceso, sino únicamente que no regulan de forma expresa los supuestos que de forma particular han sido presentados en autos.

**DÉCIMO SEXTO:** Respecto al pago de los costos procesales, este Colegiado conviene en señalar que, si bien correspondería, de acuerdo al artículo 56° del Código Procesal Constitucional, ordenar que la entidad demandada asuma los costos procesales por haberse declarado fundada la demanda, de autos se desprende un *supuesto objetivo y razonable de exoneración*, conforme al artículo 412° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso constitucional, por cuanto la presente controversia constitucional se ha resuelto mediante una interpretación judicial conforme a la Constitución, de las normas civiles y, en especial, de las normas de los registros civiles que la entidad demandada aplicó en su oportunidad en las Resoluciones Registrales cuestionadas, con lo cual la demandada actuó con estricto apego a la legalidad existente, aunque en perjuicio de los derechos fundamentales de los demandantes, como ya se ha señalado anteriormente.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Sin perjuicio de lo antes expuesto, debe advertirse que en la sentencia materia del grado se menciona reiteradamente a una de las codemandantes y en cuyo favor se resuelve en Autos, como *Aurora Nancy Ballesteros Vereau*, cuando de autos se puede evidenciar, de la revisión de su Documento Nacional de Identidad (fs. 02), que en realidad debe decir *Aurora Nancy Ballesteros Vereau*, por lo cual de oficio debe procederse a la corrección de dicha Resolución, conforme al artículo 407° del Código Procesal Civil de aplicación supletoria.

## **DECISIÓN**

**CONFIRMARON** la Sentencia contenida en la Resolución N° 05, de fecha 21 de febrero de 2017 (fs. 213 a 229), que declara fundada la demanda; en consecuencia, declara nulas las Resoluciones Registrales Nos. 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIEC; asimismo, declara nulas las Actas de nacimiento Nos. 30022117908 y 3002217885 y, 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 Vereau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas Actas de nacimiento, 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, *conforme a los fundamentos expuestos en la presente Resolución y las correcciones advertidas en el último considerando de la misma*, y la **REVOCARON** sólo en el extremo de la condena del pago de costos procesales, y **reformándola**, exoneraron del pago de costos procesales a la entidad demandada; **MANDARON** devolver los autos al Juzgado de su procedencia, luego que quede consentida.

En los autos seguidos por Francisco David Nieves Reyes y otros, con el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, sobre amparo.

CASM/jcc

**SS.**

**RIVERA QUISPE**

**UBILLÚS FORTINI**

**SOLÍS MACEDO**

## ANEXO 7

### PROYECTO DE LEY QUE REGULA A LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DENOMINADA MATERNIDAD SUBROGADA

#### I. FORMULA LEGAL

##### **Artículo 1°.- Objeto de la Ley**

La presente norma es de orden público e interés social, teniendo por objeto establecer los requisitos y formalidades para el uso de la técnica de reproducción asistida denominada maternidad subrogada.

##### **Artículo 2°.- Definición**

La gestación subrogada es la acordada entre una mujer y los cónyuges o convivientes progenitores que expresan su voluntad para tener descendencia, siempre y cuando su condición médica impida llevar la gestación por cuenta propia.

Dicho acuerdo debe ser altruista, voluntario y excepcional, sin generar ningún tipo de subordinación.

Entre el embrión y al menos uno de los progenitores debe existir correspondencia genética. En ningún caso, la gestante por subrogación será la cedente de los óvulos fecundados.

Esta práctica médica deberá realizarse protegiendo en todo momento la dignidad de la persona y el interés superior del menor.

##### **Artículo 3°.- Instituciones Autorizadas**

Para brindar los servicios de maternidad subrogada, las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS) deben contar con la autorización del Ministerio de Salud.

Asimismo, la evaluación de la condición médica de los padres biológicos y de la gestante por subrogación, está a cargo del médico tratante que se encuentre adscrito a una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPRESS).

##### **Artículo 4°.- Actuación de profesionales de salud**

Los profesionales de salud que realicen la práctica de maternidad subrogada deberán:

- a) Informar a los padres biológicos y a la gestante subrogada las consecuencias médicas y legales derivadas de la implantación de óvulos fecundados en el cuerpo de la mujer gestante.

- b) Actuar con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervinieron en la implantación.
- c) Exigir el cumplimiento de los requisitos exigidos por esta ley para el uso de la técnica de maternidad subrogada.

#### **Artículo 5°.- Certificaciones**

El médico tratante (que forma parte de la IPRESS) encargado de la práctica de maternidad subrogada, deberá certificar que:

- a) La madre subrogante posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero
- b) El padre subrogante brinda su voluntad expresa de aportar su material genético para la implantación.
- c) La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud físico y mental.

Para cuyo efecto, el médico tratante deberá realizar los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios para corroborar que la mujer gestante se mantiene en buena salud física y mental, sin la existencia de ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional.

#### **Artículo 6°.- Requisitos para los intervinientes en el Instrumento de Maternidad Subrogada**

El instrumento para la Maternidad Subrogada deberá ser suscrito por los padres subrogados (hombre y mujer) y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Ser residentes del Perú, debiendo ser acreditado.
- b) Ser mayores de edad, con capacidad de goce y ejercicio.
- c) La madre subrogante acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante que forma parte de una IPRESS, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.
- d) La mujer gestante otorgue su aceptación para que se lleve a cabo la implantación de un óvulo fecundado en su útero, y manifieste su obligación de procurar el bienestar

y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto al menor y los padres subrogados con el nacimiento

- e) La mujer gestante deberá gozar de buen estado de salud, mediante certificado médico expedido por el médico tratante que forma parte de una IPRESS.
- f) La madre gestante no ha debido participar en más de dos embarazos subrogados previos, debidamente acreditado según constancia expedida por el Registro Nacional de Gestantes por Subrogación, cuya implementación será regulada conforme al reglamento de esta ley.

#### **Artículo 7°.- Formalidades del Instrumento de Maternidad Subrogada**

El Instrumento para la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- a) Deberá ser suscrito por los padres subrogantes (hombre-mujer) y la madre gestante
- b) Contener la manifestación indubitable y expresa de los intervinientes de hacer uso de la técnica de maternidad subrogada.
- c) Suscribir el instrumento ante Notario Público, presentando para tal efecto los requisitos descritos en los artículos 5° y 6° de la presente ley.
- d) Contener la manifestación de las partes que el instrumento se suscribe sin ningún propósito de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del niño.
- e) Contener las cláusulas que consideren necesarias las partes para asegurar la integridad del embrión, así como el bienestar integral de la mujer gestante, como las necesidades alimentarias y de salud.

### **Artículo 8°.- Comunicación del Instrumento de Maternidad Subrogada**

El instrumento de maternidad subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado por el Notario Público al Ministerio de Salud y al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo o hija desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogantes.

Además deberá ser remitido al Registro Nacional de Gestantes por Subrogación, a fin de registrar el número de gestaciones subrogadas de la madre sustituta.

### **Artículo 9°.- Filiación**

La filiación que se deriva de la reproducción humana medicamente asistida está basada en la voluntad procreacional, por lo que la relación filial se genera entre el concebido y los padres comitentes, existiendo un parentesco afectivo-social.

No se genera ningún vínculo filial entre el concebido y la gestante por subrogación.

### **Artículo 10°.- Certificado de Nacimiento del Menor Nacido Mediante la Técnica de Maternidad Subrogada.**

El Certificado de Nacimiento será el documento que expida el médico tratante que forme parte de una IPRESS y que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor y llenará el formato correspondiente, dejando constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana denominada “maternidad subrogada”.

Las alusiones o referencias que la normatividad vigente haga a la madre o identidad de la madre, se entenderán referida a la madre comitente o biológica del nacido.

### **Artículo 11°.- Registro**

El Ministerio de Salud en coordinación con el Registro de Identificación y Estado Civil y el Registro Nacional de Gestantes por Subrogación llevará un registro de los instrumento de maternidad subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica.

El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la maternidad subrogada, fecha de suscripción del instrumento, datos del Notario Público que certificó las firmas y la institución médica en la que se llevó a cabo el procedimiento.

## DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

### **Primera.- Reglamentación**

El Poder Ejecutivo, mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio de Salud, reglamentará la presente Ley en un plazo de 120 días hábiles contados desde la publicación de este dispositivo.

### **Segunda.- Creación del Registro Nacional de Gestantes por Subrogación**

Créese el Registro Nacional de Gestantes por Subrogación, a cargo del Ministerio de Salud; cuya implementación será regulada conforme al Reglamento de esta Ley.

### **Tercera.- Vigencia**

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de su Reglamento.

## II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### **1. Antecedentes**

La presente iniciativa legislativa tiene como antecedente al Artículo 7° de la Ley General de Salud que señala: 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 en la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

De la lectura del dispositivo antes citado; y, observando la actual jurisprudencia que aborda el tema de los casos en que se ha utilizado la técnica de reproducción asistida, puede notarse que la técnica referida no cuenta con una regulación legal específica ni adecuada a nuestros tiempos, por ende resulta necesario y urgente actualizar nuestra legislación y adoptar una postura normativa sobre la “maternidad subrogada”

## 2. Técnicas de Reproducción Asistida

- Aguilar<sup>134</sup> sostiene que las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS) son “mecanismos que se usan para poder de algún modo suplir la infertilidad de quien lo padece para que se le otorgue la posibilidad de tener su descendencia”
- Luna<sup>135</sup> señala que “son TERAS los métodos o procesos que se usan para reemplazar o colaborar con la reproducción de la especie humana”
- Torres Maldonado<sup>136</sup> indica que las TERAS son “procedimientos que actúan directamente en los gametos con el propósito de realizar la fecundación y transferir o depositar los embriones en la cavidad uterina femenina”
- Varsi<sup>137</sup> señala que este conjunto de técnicas de reproducción 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.

## 3. Maternidad Subrogada

Desde el punto de vista convencional la maternidad es entendida como un estado propio de la mujer, fruto de un proceso biológico o de una adopción. Sin embargo, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción asistida han dado origen a nuevas representaciones sociales de la maternidad, así como figuras jurídicas que ponen de manifiesto un cambio en los parámetros tradicionales que definen este concepto.

Es así que denominamos como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, gestación por sustitución, entre otras nomenclaturas que se refieren a la solicitud que se hace a una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidencian una realidad que torna

---

<sup>134</sup> Aguilar, B. (2017), AUSENCIA DE NORMAS SOBRE MATERNIDAD ASISTIDA GENERAN PROBLEMAS. URGE NORMATIVIDAD. En: Revista Actualidad Civil, Numero 36, junio 2017, Lima, Instituto Pacífico.

<sup>135</sup> Luna, F. (2008): REPRODUCCIÓN ASISTIDA, GÉNERO Y DERECHOS HUMANOS EN AMERICA LATINA. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos

<sup>136</sup> Torres, M. (2017): MATERNIDAD SUBROGADA, CUANDO LA CONDICIÓN DE MADRE GESTANTE Y BIOLÓGICA NO COINCIDEN. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 48, junio de 2017, Lima: Gaceta Jurídica.

<sup>137</sup> Varsi, E. (2017): DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. En: Revista Actualidad Civil. Número 34, abril 2017, Lima, Instituto Pacífico.

cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar hijos por ellos mismos.

Esta posibilidad de engendrar hijos en un laboratorio y de gestarlos en un vientre que no sea necesariamente el de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, supone un proceso complejo, no solo en el campo médico, sino sobre todo en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural, lo cual, según Ruiz<sup>138</sup> explica en parte lo complicado que resulta encontrar un solo nombre que defina dicha práctica.

Lamm<sup>139</sup> por su parte, considera que el término más apropiado para definir dicha práctica es el de gestación por sustitución y sostiene “(...) me inclino por la denominación gestación por sustitución en virtud de que la mujer actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo (...)”

Sánchez<sup>140</sup> señala que “la gestación por sustitución o maternidad subrogada se define como la práctica por la que una mujer acepta portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entrega al recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquélla a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo gestado. Se trata de un procedimiento basado en técnicas de reproducción asistida tradicionales”

Este aspecto – añade la citada autora – constituyen una omisión importante debido a que si la mujer que gestó al niño en favor de otra, está casada o mantiene una relación de convivencia con su pareja, la sola existencia de este vínculo convierte al esposo de la mujer gestante (madre subrogada) en el padre legal del niño, lo cual le otorga el derecho de poder reclamarlo si así lo deseara.

---

<sup>138</sup> Ruiz, Rocío (2013): MATERNIDAD SUBROGADA, Trabajo de fin de grado, Departamento de Enfermería, Universidad de Cantabria, España

<http://repositorio.unican.es/xmlui/bitstream/handle/10902/2971/RuizMartinezR.pdf?sequence=1>

<sup>139</sup> Lamm, Eleonora (2012): GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, Revista y Derecho. InDret Revista para el análisis. En:

[http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)

<sup>140</sup> Sánchez, Rafael (2010): LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: DILEMAS ETICOS Y JURÍDICOS, Humanitas. Humanidades Médicas N° 49

[http://www.fundacionmhm.org/www\\_humanitas\\_es\\_numero49/revista.html](http://www.fundacionmhm.org/www_humanitas_es_numero49/revista.html)

En este punto es necesario destacar otro componente, que si bien está estrechamente relacionado al anterior (estado civil y características de las mujeres intervinientes) podría ser incluso más revelador para la comprensión y precisión del concepto de maternidad subrogada. Se trata de la relación entre la titularidad del material genético y el útero que lo gesta.

Desde el punto de vista de Arámbula<sup>141</sup>, no sería correcta la denominación de maternidad subrogada en aquellos casos en los que la mujer gestante concede, no solo su vientre, sino también aporta sus óvulos para la gestación de un niño en favor de otra mujer o de una pareja. Así la autora señala que “en este supuesto, el uso del término madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen – la maternidad por cuenta de terceros – es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos y no puede sustituir a quien en realidad no lo es”.

De manera que, la verdadera subrogación (maternidad subrogada propiamente dicha) presupone que el embrión es ajeno, esto es que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

En consecuencia, la mujer que es inseminada con el semen del esposo o pareja de la mujer subrogante y que contribuye además con sus propios óvulos para lograr un embarazo, no debiera ser considerada madre subrogada, ya que al ser ella titular del material genético que gestará en su vientre es, a la vez, madre genética y madre gestacional, condiciones que según lo expuesto anteriormente, no se ajustan al concepto de subrogación.

No obstante este deslinde conceptual, la definición de maternidad subrogada en la literatura jurídica y académica que trata dicha materia es general, es decir: comprende, tanto a la mujer que es madre genética y gestacional a la vez, como a la madre únicamente gestacional. La delimitación entre uno y otro caso se explica más bien a partir de las modalidades subrogadas.

---

<sup>141</sup> Arámbula, Alma (2008): MATERNIDAD SUBROGADA POR SUSTITUCIÓN EN LA GESTACIÓN, PROBLEMAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN: ALTERNATIVAS Y PROPUESTAS, Revista Ubi Societas Ibi Ius N° 02 Mayo-2009. Revista editada por alumnos de la Universidad Nacional de Trujillo, p.45  
<http://aboutderecho.blogspot.com>

Sobre el tema, Scoltti<sup>142</sup> refiere que “la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial. En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos.

En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente a la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad, parentesco o una donante anónima.

### **III. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA**

La presente norma no modifica ni deroga algún dispositivo legal vigente.

### **IV. ANALISIS COSTO BENEFICIO**

La aprobación de la presente iniciativa no ocasiona o constituye un gasto en detrimento del erario nacional, sino que permitirá regular el uso de la Técnica de Reproducción Asistida denominada “Maternidad Subrogada”, la cual en la actualidad no se encuentra normada en específico en nuestra legislación, lo que ocasiona vacíos

legales en detrimento de los derechos fundamentales de los padres subrogados y concebidos por la técnica en mención.

---

<sup>142</sup> Scotti, Luciana (2012): EL RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL DE LA MATERNIDAD SUBROGADA, UNA REALIDAD COLMADA DE INTERROGANTES SIN RESPUESTAS JURÍDICAS, Revista Pensar en Derecho, N° 01, Año 01, p. 275  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/revista-pensar-en-derecho.pdf>.