

# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



## **TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

---

**“La Maternidad Subrogada y la vulneración al derecho de Identidad e Interés  
Superior del Niño”**

---

**Área de investigación:**  
Derecho Constitucional

**Autora:**

Br. Reyes Reyes Yeymi Yadaly

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Dra. Benites Vásquez Tula  
Luz

**Secretario:** Ms. Zavala Espino Luis  
Ángel

**Vocal:** Ms. Roel Alva Luis Andrés

**Asesor:**

Dra. Angela María Rincón Martínez.

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4208-951X>

**PIURA-PERÙ**

**2022**

**Fecha de sustentación: 2022/10/27**



# UNIVERSIDAD PRIVADA ANTENOR ORREGO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE ESTUDIO DE DERECHO



## **TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

---

**“La Maternidad Subrogada y la vulneración al derecho de Identidad e Interés  
Superior del Niño”**

---

**Área de investigación:**  
Derecho Constitucional

**Autora:**

Br. Reyes Reyes Yeymi Yadaly

**Jurado Evaluador:**

**Presidente:** Dra. Benites Vásquez Tula  
Luz

**Secretario:** Ms. Zavala Espino Luis  
Ángel

**Vocal:** Ms. Roel Alva Luis Andrés

**Asesor:**

Dra. Angela María Rincón Martínez.

Código Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4208-951X>

**PIURA-PERÙ**

**2022**

**Fecha de sustentación: 2022/10/27**

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente informe a Dios Padre Todo poderoso, por ser mi fiel compañero en este arduo camino. Asimismo, a mis padres quienes me enseñaron a superar todos los obstáculos. Y por otro lado a mis amistades y docentes que fueron parte en este proceso y que con cada consejo me hacían crecer hasta llegar a la meta.

## **AGRADECIMIENTO**

Agradezco a Dios por todas las bendiciones otorgadas en el transcurso de mi vida; y por permitirme tener una gran familia que a pesar de los problemas siempre nos mantenemos unidos. Y que gracias a sus sacrificios puedo cumplir uno de mis sueños. Agradezco a mis docentes por los conocimientos transmitidos que son como los pilares en mi desempeño laboral como profesional en Derecho.

## RESUMEN

Este trabajo de investigación denominado “La maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño”, tiene como objetivo general: analizar de qué manera la ausencia de regulación de la Maternidad Subrogada, vulnera el derecho de Identidad e Interés Superior del Niño. La investigación se ha desarrollado aplicando los métodos dogmático, funcionalista, analítico, inductivo entre otros; el tipo de investigación según la técnica de contrastación se trata de un estudio descriptivo; su diseño fue no experimental; su técnica fue de observación documental, como instrumentos se usó fichaje de materiales escritos.

Como resultado se ha concluido que la maternidad subrogada es una práctica que viola el derecho de identidad e interés superior del niño por cuanto este no conoce su identidad estática y por consiguiente no podrá desarrollar su identidad dinámica y crecer en base a una verdad que la hace suya ya que no existe un límite a la salud reproductiva asimismo al no estar regulado genera una afectación a los menores que nacen bajo esta práctica.

Asimismo, se tiene que la práctica de la maternidad subrogada puede hasta seis personas reclamar la paternidad de un recién nacido (la donante de óvulos, el donante de esperma, la madre gestante, su pareja y la pareja comitente). Impidiendo al niño conocer su origen e identidad, tal y como establece la Convención de Derechos del Niño.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, identidad, derechos del niño.

## ABSTRACT

This research work called "Surrogate motherhood and the violation of the right of identity and superior interest of the child", has as a general objective: to analyze how the absence of regulation of Surrogate Motherhood violates the right of Identity and Superior Interest of the child. Little boy. The research has been developed by applying the dogmatic, functionalist, analytical, inductive methods among others; the type of research according to the contrast technique is a descriptive study; its design was non-experimental; his technique was documentary observation, as instruments was used recording of written materials.

As a result, it has been concluded that surrogate motherhood is a practice that violates the right of identity and the child's best interests, since he does not know his static identity and therefore will not be able to develop his dynamic identity and grow based on a truth that makes it theirs, since there is no limit to reproductive health, and since it is not regulated, it affects minors who are born under this practice.

Likewise, the practice of surrogate motherhood can up to six people claim paternity of a newborn (the egg donor, the sperm donor, the surrogate mother, her partner and the intended partner). Preventing the child from knowing her origin and identity, as established by the Convention on the Rights of the Child.

**Keywords:** surrogate motherhood, identity, children's rights.

## PRESENTACIÓN

Señores miembros del Jurado:

De mi especial consideración:

**Yeymi Yadaly Reyes Reyes**, Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de esta casa de estudios superiores, en cumplimiento del Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad privada Antenor Orrego presento ante ustedes la Tesis titulada “**La Maternidad Subrogada y la vulneración al Derecho de Identidad e Interés Superior del Niño**”. La cual espero que cumpla con los requisitos de aprobación para obtener el título Profesional de Abogada.

Cumpliendo con cada uno de los requerimientos, quedo de ustedes muy agradecida.

Atentamente,



**Bach. Yeymi Yadaly Reyes Reyes**



## TABLA DE CONTENIDOS

<b>DEDICATORIA .....</b>	<b>ii</b>
<b>AGRADECIMIENTO .....</b>	<b>iii</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>iv</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>v</b>
<b>PRESENTACIÓN.....</b>	<b>vi</b>
<b>TABLA DE CONTENIDOS .....</b>	<b>vii</b>
<b>CAPÍTULO I:INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
1.1. Problema de Investigación.....	2
1.2 Planteamiento del Problema.....	4
1.3. Objetivos.....	4
1.3.1. Objetivo General .....	4
1.3.2. Objetivos Específicos .....	4
1.4. Justificación de la Investigación.....	5
1.4.1. Viabilidad de la Investigación .....	5
<b>CAPITULO II: MARCO DE REFERENCIA.....</b>	<b>6</b>
2.1. Antecedentes de Estudios.....	6
2.1.1 En el Ámbito Internacional .....	6
2.1.2. En el Ámbito Nacional .....	7
2.1.3 En el Ámbito Regional.....	7
2.2 Marco Teórico.....	8
2.2.1. Antecedentes Históricos de las Técnicas de Reproducción Asistida .....	8
2.2.2. Antecedentes Históricos de las Técnicas de Maternidad Subrogada.....	9
2.2.3 Técnicas de Reproducción Humana Asistida .....	9
2.2.4. Maternidad subrogada.....	12
2.2.5. El concebido .....	16
2.2.6. Derecho a la Identidad .....	16
2.2.7. El Conflicto de Filiación .....	22
2.2.8. Principio de Interés Superior del Niño .....	23
2.2.9. Derechos involucrados.....	28
2.2.10. Ámbito de Aplicación en la Legislación Peruana.....	29
2.2.11. Derecho comparado.....	35

2.3. Marco conceptual.....	38
2.4. Sistema de hipótesis.....	38
2.5 Operacionalización de Variables.....	39
<b>CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....</b>	<b>41</b>
3.1. Tipo de investigación y Nivel de la investigación.....	41
3.2. Muestra.....	41
3.3. Métodos.....	41
3.4. Diseño de investigación.....	42
3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos. ....	42
3.6 Procesamiento y análisis de datos.....	43
<b>CAPÍTULO IV: RESULTADOS.....</b>	<b>44</b>
4.1 Propuesta.....	44
4.2 Análisis e interpretación de resultados.....	46
4.2.1 Expediente N° 183515-2006-0113.....	46
4.2.2 CAS. N. ° 563-2011-Lima.....	48
4.2.3. Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.....	51
4.2.4 Caso chileno de Maternidad Subrogada en el Perú.....	53
4.2.5 Caso de Ricardo Morán .....	54
4.2.6 EXP. N° 05829-2009-PA/TC .....	55
4.2.7 EXP. N°. 04937-2014-PHC/TC .....	56
4.3. Docimasia de la hipótesis.....	58
<b>CAPÍTULO V: DISCUSIÓN .....</b>	<b>63</b>
5.1 Expediente N 183515-2006-0113.....	63
5.2 Casación N° 563-2011-Lima.....	64
5.3 Expediente N° 06374-2016-0-1801-Jr-Ci-05. ....	67
5.4 Caso de la pareja chilena.....	70
5.5 Caso de Ricardo Moran.....	72
5.6 EXP. N° 05829-2009-PA/TC.....	73
5.7 EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC.....	74
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>76</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>79</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>80</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>86</b>

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1.....	38
Tabla 2.....	39
Tabla 3.....	61
Tabla 4.....	62

## **CAPÍTULO I**

### **INTRODUCCIÓN**

La legislación peruana tiene muchos vacíos legales y una de ellas es la “maternidad subrogada” que se ha convertido en un negocio lucrativo, donde algunas personas contratan un vientre de terceros para satisfacer el deseo de ser padre independientemente de los riesgos y las consecuencias que acarrea.

Asimismo, se establece la importancia de su regulación para prevenir vulneraciones al derecho a la identidad, así como el interés superior del niño. Esta práctica pone en peligro sus derechos ya que nacen con gametos donados por terceros dándose la intervención de muchas personas es decir el niño producto de esta práctica podría tener tres madres (madre genética, madre subrogada, madre comitente) asimismo tres padres quienes serían las parejas de las antes mencionadas.

El trabajo está dividido en cinco capítulos para describir y analizar esta forma de gestación subrogada, un problema que permanece sin resolver y genera un conflicto en diversas áreas del derecho.

El primer capítulo versa sobre la realidad problemática así como los objetivos y la justificación del mismo, en el segundo capítulo se detalla lo concerniente a la maternidad subrogada y los derechos que se vulneran con dicha práctica, en el tercer capítulo se describe la metodología, en el cuarto capítulo se detalla los resultados que se obtuvieron de la muestra constituida por: La Casación N° 563-2011-Lima, el expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Expediente N° 183515-2006-0113, Caso de la pareja Chilena, Caso de Ricardo Moran, EXP. No 05829-2009-PA/TC y EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC. En el último capítulo arriba a la discusión y finalmente las conclusiones y recomendaciones del trabajo de investigación.

## **1.1. Problema de Investigación**

La filiación es el nexo jurídico entre hijos y padres. Generalmente en esta determinación predomina el nexo biológico, es decir la filiación de manera natural, pero también se tiene la filiación y adopción generada por las diversas técnicas de reproducción asistida en donde se prioriza la voluntad de los procreadores.

Cabe señalar, que la legislación peruana tiene varios vacíos legales en relación a este tema, muy particularmente en lo referido a la maternidad subrogada, se define como un arreglo contractual en el que una pareja comitente puede o no aportar sus gametos, donde se decide confiar el embarazo a una tercera persona para que pueda o no donar sus óvulos, todo ello encaminado a la reciprocidad o altruismo.

Otro punto a destacar, en la maternidad subrogada, es que es un problema a nivel mundial, debido a que esta práctica se efectúa en países como la India donde ya es permitida; pero que sin embargo se está dando de manera descontrolada, siendo una actividad lucrativa en la cual en muchos casos los niños se ofrecen como si fuesen mercancía, incurriendo en la trata de personas.

Teniendo en cuenta, que en algunos países de Latinoamérica se regula la práctica de la maternidad subrogada, pero con ciertas restricciones como es el caso de México, pero esta regla estipula que debe hacerse a través de un contrato, sin ánimo de lucro. En el caso de Brasil, la ley del país establece que se puede hacer siempre y cuando existan casos médicamente probados de infertilidad o esterilidad y quien le preste el útero sea un familiar de los padres biológicos. En cambio, en Alemania esta práctica se encuentra prohibida por vulnerar el Interés Superior del Niño.

Por otra parte, en el Perú no existe una legislación con respecto a esta práctica, por ende, al no estar regulada, no la prohíbe ni la permite, generando así un conflicto al momento de resolver estas controversias, claro ejemplo son los casos que se analizarán, recaído en la Casación N° 563-2011-Lima, en la causa 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 y el Expediente N° 183515-2006-0113, Caso de la pareja chilena, Caso de Ricardo Moran, EXP. No 05829-2009-PA/TC y EXP. N.º

04937-2014-PHC/TC; donde se apreciará la falta de límites a los derechos de reproducción.

En el Perú, la práctica de la maternidad subrogada cada día es más frecuente, por lo que para resolver este tipo de controversias se está recurriendo a la figura de la adopción y que de esta forma surta efectos en relación a la filiación, en el sentido de reconocer legalmente a la pareja comitente como padres del niño nacido bajo la práctica de la maternidad subrogada.

Ante todo, este escenario, solo se ha realizado proyectos de ley donde el último fue en 2018, el cual no fue aprobado, y surge a raíz del caso mediático de la pareja chilena que al intentar salir del país con los menores fue arrestada acusándola de trata de personas. Asimismo, de allí radica la importancia de establecer una adecuada regulación, ya que en esta problemática se toca cuestiones de derecho constitucional como de derecho civil y penal, debido a que de por medio va existir un contrato, que no puede alterar las buenas costumbres ni el orden público caso contrario acarrea en nulidad.

Cabe mencionar que el artículo 7 de la Ley General de Salud, según el cual no se prohíbe expresamente la referida práctica de la maternidad subrogada, ni se permite en esta condición, en base a ello los padres comitentes así como la mujer que alquila su vientre no tienen límites, y a su paso van trasgrediendo el derecho de identidad y por lo tanto el interés superior del niño.

Esta problemática genera un perjuicio para el niño, dado que surge un conflicto con respecto a la filiación al momento de inscribirlo al RENIEC. Según lo señalado en el artículo 361 del Código Civil, referido a la presunción de paternidad alude que el hijo o hija nacidos en el matrimonio tienen como padre al esposo, hecho que se ha dado y que está plasmado en los expedientes antes mencionados.

Toda esta cuestión generaría la vulneración al derecho de identidad del niño, dado que no podrá conocer sus orígenes y saber de dónde proviene, es decir no conocerá su identidad estática y por consiguiente no podrá desarrollar su identidad dinámica. Asimismo, el principio del Interés Superior del Niño se ve vulnerado por

cuanto el cuidado y protección del menor pasa a un segundo plano al no estar regulada esta práctica, siendo un deber de obligatorio cumplimiento para el estado el proteger y velar por los intereses de los niños.

Si bien es cierto, la Constitución Política del Perú garantiza el derecho a la identidad, la personalidad y el derecho a vivir en familia, sin embargo este derecho desde el punto de vista legislativo no se garantiza de una manera eficaz, ya que al no regular esta modalidad, se ven perjudicados los derechos de las personas en especial los niños, viéndose estos en una total desprotección dando la posibilidad de que se dé el tráfico de personas, porque tienen libre acceso a este tipo de prácticas sin ningún tipo de control y porque la gestación subrogada no está ni permitida ni prohibida, las personas pueden realizarlo y generar un perjuicio para el menor en su identidad y por ende en el plexo de derechos que como persona le asisten. Desde la perspectiva de los padres al no regularse esta práctica se le estaría limitando sus derechos reproductivos, e incluso ser cuestionados sobre la realización de un hipotético caso de trata de personas.

## **1.2 Planteamiento del Problema**

¿De qué manera la ausencia de regulación de la maternidad subrogada vulnera el derecho de Identidad e Interés Superior del Niño?

## **1.3. Objetivos**

### **1.3.1. Objetivo General**

Analizar de qué manera la ausencia de regulación de la Maternidad Subrogada vulnera el derecho de Identidad e Interés Superior del Niño.

### **1.3.2. Objetivos Específicos**

- Describir los alcances doctrinarios acerca de la regulación de la Maternidad subrogada en el derecho comparado.
- Establecer de qué manera la ausencia de una regulación de la Maternidad subrogada vulnera el derecho de Identidad.
- Determinar de qué manera la ausencia de la regulación de la Maternidad Subrogada vulnera el Interés Superior del Niño.

#### **1.4. Justificación de la Investigación**

Este estudio está bien fundamentado ya que se visualiza una realidad por analizar, podemos decir que, desde un punto de vista social, permite profundizar en los aspectos de la gestación subrogada y lo que conlleva.

Desde una perspectiva académica, esta investigación se realizó porque es importante desarrollar y generar conocimiento de lo que implica este método para que se pueda regular.

Por otro lado, desde el punto de vista legal, es razonable porque hoy en día no existe ninguna disposición del Código Penal que prohíba esta práctica cuando se vulnera el derecho del niño, es decir, cuando se ejerce ese derecho con fines lucrativos y los niños son utilizados como un objeto de comercio que puede ser entregado a un adulto a cambio de un beneficio monetario.

Por lo tanto, frente a este problema, esta práctica debe ser analizada e incluida en un artículo del Código Penal peruano, con el objetivo de sancionar a las personas que vulneren los derechos del niño.

##### **1.4.1. Viabilidad de la Investigación**

Esta investigación es factible, debido a que se cuenta con material doctrinario y bibliográfico sobre dicho tema. También se cuenta con la posibilidad económica. Cabe precisar que la investigación será respaldada por profesionales del derecho los cuales son conocedores de la materia.

Asimismo, es notablemente social, pues el problema de la maternidad subrogada y la vulneración del derecho de identidad e interés superior del niño, es un problema latente que aún no se resuelve en nuestra legislación.



## CAPITULO II

### MARCO DE REFERENCIA

#### 2.1. Antecedentes de Estudios

##### 2.1.1 *En el Ámbito Internacional*

Avalos, C. (2017) “La Maternidad Subrogada y el Interés Superior Del Niño”, Tesis de la Universidad Técnica de Ambato Ecuador.

Menciona las siguientes conclusiones:

Esta investigación sobre la maternidad subrogada es un método en el cual hay un acuerdo previo entre las partes donde una mujer decide alquilar su vientre para concebir y al finalizar el embarazo se compromete a entregar al menor a los comitentes los cuales guardan un nexo genético con el niño. Este método medico es muy frecuente entre las parejas que no pueden concebir, siendo dicha práctica empleada a nivel mundial teniendo tres maneras en las que se puede dar nos referimos a que en algunas naciones las aprueban en otras las rechazan y por último en algunos países la permiten, pero establecen ciertas limitaciones que deben cumplir, una de esas condiciones es que la madre subrogante tenga un vínculo y que esta práctica médica se realice de manera altruista.

Asimismo, de aceptar que en el Ecuador se permita esta práctica, habrá muchas violaciones a los derechos de los menores, así como de las mujeres que alquilan sus vientres, primero porque se ve como un objeto que se puede negociar y luego porque da lugar a problemas de explotación reproductiva.

Por consiguiente, la gestación subrogada no debe aplicarse en el Ecuador, por lo tanto, la legislación ecuatoriana debe corregir el vacío legal que existe en el ordenamiento jurídico y así asegurar que se garantice el interés superior del niño, derechos que no deben ser vulnerados de esta manera.

### **2.1.2. En el Ámbito Nacional**

Mercado, L. (2019) “Ventre de Alquiler Versus Derecho a la Identidad: Un Problema no Resuelto” tesis de grado de la Universidad de Piura Lima, llevándose a la siguiente conclusión:

La gestación subrogada es un método que vulnera la dignidad, tanto de la madre subrogada como del menor objeto del contrato. Este método no busca la armonía entre los participantes. Porque sus acciones son todo lo contrario. Ya que esta figura se asemeja a la trata de personas por ende esta manera de concebir no tiene cabida en la legislación debido a que la Constitución se rige por la dignidad y la protección de las personas.

El Perú debe destacar que rechazar estos métodos que oprimen a las mujeres más vulnerables y despojan a los nacidos mediante esta práctica la oportunidad de formar una identidad real, cimiento para la obtención del goce de una vida plena, el gobierno y la legislación deben priorizar estos temas ya que de ello depende que se construya una buena sociedad o se destruya debiendo primar el derecho de identidad para que el niño pueda desarrollarse en base a una verdad que la hace suya, con la que se identifica y de esa manera no generar vacíos existenciales.

### **2.1.3 En el Ámbito Regional**

Delgado, S. (2019) “Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional” tesis de pregrado de la Universidad de Piura- Piura, la lleva a las siguientes conclusiones:

Cabe destacar que, después de realizar el análisis civil, se infiere que se ha pretendido dar forma de un contrato, pero cabe precisar que no lo es; dado que deben respetarse las condiciones previstas legalmente en el artículo 140 del Código Civil, si bien las partes intervinientes pueden manifestar libre y responsablemente su voluntad de tratar de promoverse mutuamente, pero este no está adecuado a derecho. Asimismo, su implementación es, por tanto, contraria a las normas y principios que presuponen el orden público y las buenas costumbres. Por lo tanto, estos acuerdos son nulos.

Según el análisis constitucional, la conclusión es que estos tipos de contratos son nulos, por utilizar el cuerpo de una persona la cual alquila su vientre generándose la comercialización de niños, producto de este método. Debido a que se trasgrede su dignidad tanto de la mujer como del menor la cual les pertenece desde el primer momento de su existencia por el hecho de ser persona; por otro lado, también se ven inmersos los derechos y principios que emergen de ella, como lo son el principio del interés superior del niño, la identidad, entre otros. Por ende, se puede decir que en estos acuerdos utilizan a la persona como medio para cumplir anhelos personales y familiares, lo cual es erróneo; pues, la persona no es un objeto, ni dentro ni fuera del negocio de los hombres. Por tal razón, no han de ser permitidos ni reconocidos por el Derecho.

Las personas, para concretar su anhelo de tener hijos, en lugar de optar por este método, podrían recurrir a la adopción; ya que el niño en este caso sería integrado a una familia y no es el producto de un contrato entre particulares; dicho acuerdo analizado al margen del Derecho Civil y Constitucional, se concretiza y define categóricamente su incompatibilidad, debido a que atenta contra los principios, valores y derechos que establece el ordenamiento jurídico.

## **2.2 Marco Teórico**

### ***2.2.1. Antecedentes Históricos de las Técnicas de Reproducción Asistida***

Según lo mencionado en la Revista de Medicina Reproductiva VITA (2014), menciona que “la reproducción asistida tuvo su origen en el año 1973, donde un equipo de Monashen, a través de diversas pruebas consiguió la primera fecundación In Vitro, logrando así el nacimiento del primer bebé probeta (p. 1).

Por consiguiente, desde ya el hecho de que se lograra una fecundación in vitro ya fue un avance de la ciencia la cual brinda la posibilidad de ser padres pero sin embargo esto no implica trasgredir derechos a su paso.

La misma revista, menciona en los años 80, se intensificó el intento por la realización de diversos estudios sobre maternidad asistida, logrando que un 12 de julio de 1984 en la ciudad de Barcelona – España se realice el primer diagnóstico genético que consistió en la implantación o pre-implantación de espermatozoides

en ovarios de una mujer, aunque la gestación fue interrumpida, se logró muchos avances sobre el estudio de esta técnica. (VITA, 2014, p. 1).

Definitivamente, los avances de la ciencia con el paso del tiempo se van intensificando y es por ello que se debe estar acorde con la realidad al momento de regular una determinada situación.

Según menciona Matorras, R. (2009), la historia de la reproducción asistida lleva una larga trayectoria, en el año 2010 Patrick Steptoe junto al fisiólogo Robert Edwards ganaron el Premio Nobel de Medicina gracias a los estudios en genética para maternidad subrogada.

### **2.2.2. Antecedentes Históricos de las Técnicas de Maternidad Subrogada**

Santander, C. (2012), sostiene que esta práctica se da entre dos o más sujetos en la que una mujer accede a quedar embarazada y llevar en su vientre un hijo que deberá entregar en el momento del parto. Hijo o hija., esta acción puede ser gratuita u onerosa, dependiendo del acuerdo entre las partes, sin embargo, una mujer que acepta alquilar un vientre debe entregar definitivamente al niño. (p. 4).

Núñez, E. (2016), La tendencia de aceptación entre las mujeres de la ciudad de Lima es muy alta, ya que muchas mujeres aceptan alquilar su vientre y traer un hijo que genéticamente no les pertenece, para posteriormente ser entregado y perder todos los derechos que conciernen al menor. (p. 11).

Marinero, P. (2017), menciona que debido a que en algunos casos los humanos no son capaces de reproducirse de forma natural, se utilizan estos métodos de reproducción asistida. (p. 7).

### **2.2.3 Técnicas de Reproducción Humana Asistida**

#### **2.2.3.1 Técnica de Reproducción Humana Intracorporeas.**

Según lo mencionado por Marcó, J. (2001), las técnicas intracorporeas son aquellas que se efectúan en el interior del aparato reproductor femenino, es decir, que se introduce en la matriz de la mujer el semen del hombre, a través de diversas técnicas, ya sea, de manera mecánica y/o mediante vera cópula, donde se necesita

obligatoriamente, el material genético masculino, es decir, el semen, y se dé inicio a la vida del feto al interior de la matriz de la mujer. (p. 45).

Clasificando a las técnicas intracorpóreas en cinco categorías, que son: la inseminación intrauterina directa (IIUD), la inseminación artificial (IA), la inseminación intraperitoneal (IIP), la inseminación intratubárica de gametos (GIFT) y por último la transferencia intraperitoneal de esperma y ovocitos (TIPEO) (Marco, 2001, p. 46).

#### **2.2.3.1.1. Inseminación Artificial.**

La inseminación artificial, es una técnica donde se introduce mecánicamente o artificialmente los espermatozoides en el aparato reproductor de la mujer, es decir, se introducen en la trompa de Falopio, e incluso en algunos casos se introduce en la cavidad uterina, con el objetivo que este anide, dando origen a la gestación vía inseminación artificial. (Junyent. 2016. p. 20)

Esta técnica se divide en dos categorías, que a su vez se subdividen en: Inseminación intrauterina (IIUD), que es aquella donde los espermatozoides son depositados directamente en el útero, con el objetivo que estos transiten por la vagina y se logre con mayor éxito la implantación del espermatozoide en el útero. Inseminación intraperitoneal (IIP), es aquella donde se introducen los gametos masculinos en la cavidad de la mujer, es decir, que, a través de sonda, la misma que es guiada a través de ecografía, los espermatozoides son introducidos directamente en la cavidad más cerca al ovario, dando lugar así a la fecundación fisiológica, o fecundación intraperitoneal. (Santamaría, 2000).

Esta técnica, de acuerdo al sujeto donante, también tiene sus clasificaciones, que son a través de la inseminación heteróloga y la inseminación homóloga, en cuanto la inseminación heteróloga, esta se realiza mediante un donante anónimo quien dona su semen; mientras que la inseminación homóloga, los gametos pertenecen a la pareja, siempre y cuando ésta sea infértil y no estéril, ambos gametos son depositados en la matriz de la mujer que alquilará su vientre. (Santamaría, 2000).

### **2.2.3.1.2 Transferencia Intratubárica de Gametos.**

De acuerdo a lo mencionado por Águila, C. (2007), la técnica de transferencia intratubárica de gametos, se produce mediante el nexos del espermatozoide y el ovulo, los cuales son transferidos o depositados en las trompas de Falopio de manera artificial o de manera mecánica,

### **2.2.3.2. Técnica de Reproducción Humana Extracorpóreas.**

Según lo mencionado por Marcó, J y Tarasco, M. (2001), quienes afirman que esta técnica extracorpórea, es una técnica realizada en laboratorio, donde se une el cigoto, es decir el embrión al útero de la mujer, para que esté se desarrolle, hasta lograr su nacimiento. Esta técnica, los embriones son manipulados con el objetivo de conseguir un nacimiento más seguro, debido que al igual que la técnica asistida intracorporea, es de tipo homólogo ya sea que proceda de la pareja o del donante.

#### **2.2.3.2.1. Técnicas sin Micromanipulación de Gametos.**

Esta técnica es llamada también fecundación in vitro, a través de esta técnica se realiza la fecundación artificial de los embriones, es decir, que los espermatozoides ya sea de la pareja o del donante son manipulados en laboratorio para lograr su fecundación, sin embargo, en esta técnica los embriones no siempre son para fecundación, sino que pueden ser utilizados para experimentos con diversos fines. (Beorlegui, 2014).

Cabe mencionar que en este tipo de técnica no todos los embriones son utilizados, sino que se selecciona al mejor, para ser implantado en el aparato reproductor de la mujer, los embriones restantes son congelados, para ser utilizados posteriormente por la misma pareja solicitante, o si es fracasado o truncado el embarazo. Estos embriones permanecen congelados. (Beorlegui, 2014).

#### **2.2.3.2.2. Técnicas con Micromanipulación de Gametos.**

Este tipo de técnica se divide a su vez en dos categorías que son la inserción subzonal de espermatozoides (SUZI) y la técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), en ambas técnicas son más exhaustivas, porque

buscan de manera más intensa que se penetre el espermatozoide en el óvulo para lograr con mayor éxito la fecundación. (Santamaría, 2000, p. 45).

Santamaría Solis, L. (2000), afirma que la micromanipulación de gametos busca de manera insistente la fecundación, el espermatozoide es depositado en el interior del citoplasma, a través, de la perforación de membrana citoplasmática, haciendo uso de la pipeta, un instrumento que conduce al óvulo fecundado, hasta ser depositado en el vientre de la mujer, logrando con mayor éxito la fecundación. (Santamaría, 2000, p. 46).

#### **2.2.4. Maternidad subrogada**

En cuanto a la maternidad subrogada, se tiene conocimiento que existen muchos casos en los que se trata de maquillar esta práctica médica, difundiéndola para llamar la atención de la pareja que está intentando tener un bebé, sin embargo, esta práctica debe ser tratada con sumo cuidado, asimismo esta técnica, como mencionan muchos juristas, la Iglesia Católica, entre otros, atenta contra la integridad del infante.

Morán refiere: “Es el acuerdo plasmado en un contrato donde una pareja comitente puede proporcionar o no sus gametos, la cual decide encargar el embarazo a una tercera persona donde ella puede ceder sus óvulos o no, todo esto a cambio de una contra prestación dineraria o de manera altruista”. (Moran, 2013).

#### **2.2.4.1. Tipos de Maternidad Subrogada.**

Para Mendoza (2013), establece dos tipos, que son las siguientes:

##### **Maternidad Homóloga**

Es cuando una mujer subrogada no produce sus óvulos y los gametos provienen de la pareja de intención, por lo que la gestante no tiene parentesco.

##### **Maternidad Heteróloga**

Esto sucederá cuando la madre subrogada también proporcione sus propios óvulos, es decir, la reproducción se da a partir de los óvulos de la madre subrogada o de cualquier donante y espermatozoides del hombre que encarga al niño. En este caso, la mujer portadora tiene un vínculo genético con el menor.

#### **2.2.4.2. Formas de Maternidad Subrogada.**

Según La genética del recién nacido esta puede ser de dos formas:

##### **Maternidad subrogada:**

Esta técnica se da cuando la mujer es contratada por los interesados, los cuales acuerdan que dicha mujer será inseminada con el propósito de procrear a un bebé. La particularidad de estos casos es que el niño que lleva nace del óvulo de la madre sustituta. (Caño, 2007).

En otras palabras, una mujer que alquila su útero tendrá una conexión biológica con el menor porque ella proporciona sus óvulos y espermatozoides del padre de intención.

##### **Maternidad gestacional:**

Es donde la pareja comitente entrega los gametos. Es decir, la madre subrogada no tiene conexión genética con el menor.



**Ovodonación:**

En este caso la mujer tiene problemas ováricos, es decir no produce óvulos, pero puede quedar embarazada y ahí es cuando le pide a una mujer que done sus óvulos, la donante no se hace responsable del embarazo, tampoco de dar a luz. Esto se considera un embarazo parcial. Ya que se da la trigeneración (esperma del esposo, óvulo de donante y embarazo de la mujer).

**Embriodonación:**

El cónyuge tiene infertilidad total. La mujer no produce óvulos y no puede quedar embarazada, pero el hombre es estéril por lo que ambos gametos deben ser aportados. Aquí se da la multigeneracional humana (espermatozoide y ovulo de un tercero e inseminación a una mujer). (Hildara, 2017).

**2.2.4.3 Maternidades inmersas dentro de la Maternidad Subrogada.****Maternidad genética**

Es aquella persona que proporciona el ovulo.

**Maternidad de gestación**

Recae sobre la persona que lleva al bebe en su vientre durante el tiempo que dure el embarazo.

**Maternidad biológica**

Hay dos tipos de maternidad, la genética y la gestante.

**Madre legal**

La madre legal es reconocida por la ley.

**Madre comitente:**

Es alguien que quiere tener un bebé, y puede encajar o no con lo descrito anteriormente.

#### **2.2.4.4. Condiciones Contractuales.**

En los países que permiten la maternidad subrogada. Se tiene conocimiento que las agencias, lo ofrecen en tarifas, que van desde los 120.000 euros si la subrogación es practicada en Estados Unidos, a los 40.000 si se realiza en Ucrania, Georgia, México, Tailandia, Kazajistán, India o Nepal y en Rusia o Grecia su precio es de 80.000. Sin embargo, lo más curioso es que las agencias brindan sus servicios previa contraprestación bancaria por consiguiente en países como Canadá, donde el régimen sólo es aceptable la maternidad subrogada en supuestos altruistas por el precio de 80 y 90.000 euros. (Valero Heredia, 2019).

Asimismo, cabe mencionar que en la legislación de Grecia los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos, de los cuales que sea de manera altruista, las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito. Asimismo, la gestación por sustitución sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal del distrito donde residen los comitentes y la gestante.

Por lo tanto, en la legislación peruana en el Código Civil de 1984 sería totalmente arduo adecuar la figura del contrato debido a que en los requisitos de un acto jurídico para que este sea válido según lo establecidos en el art. 140 del Código Civil, establece que la relación jurídica sea lícita y jurídicamente posible, así como sus propósitos y efectos sean lícitos.

Teniendo en cuenta que en el supuesto que el acto no se realice con los requisitos legales, es castigado con nulidad. Y aquí nos centraremos en la nulidad absoluta ya que se fundamenta en consideraciones de orden público, es decir, que existe la vulneración o inadvertencia de un precepto de orden público.

Según lo mencionado por Zavaleta Velarde, (2016), el orden público garantiza la seguridad jurídica de una sociedad, y para el cumplimiento de este propósito, los interés del orden privado y los intereses del orden público deben ser fundamentalmente analizados concretamente el interés privado no puede en ningún caso desviarse del interés público, es decir porque se vela siempre por el bienestar colectivo, que es contrario al interés privado, el cual se caracteriza en su

libre albedrío; cuando esta voluntad privada agrava los intereses colectivos de una sociedad, atenta contra el orden público.

### **2.2.5 El Concebido**

- **Desde la perspectiva de la CIDH.**

El análisis del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que hace mención al reconocimiento del derecho a la vida, en general, a inicios de la concepción, viene desarrollando por primera vez por la Corte IDH y establece una pauta para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Manifiesta la Corte IDH que: "...en el ámbito científico actual se resaltan dos lecturas diferentes expresión "concepción". Una corriente entiende "concepción" como el inicio del encuentro del óvulo por el espermatozoide. De la fecundación se origina una nueva célula: el cigoto. La cual lo considera como un organismo humano que mantiene las herramientas necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente entiende "concepción" cuando se da la implantación del óvulo fecundado en el útero. Lo anterior, debido a que la implantación del óvulo fecundado en el útero materno otorga la conexión de la nueva célula, el cigoto, con el sistema circulatorio materno que le permite acceder a todas las hormonas y otros elementos importantes para el desarrollo del embrión.

- **Desde la perspectiva del ordenamiento jurídico peruano**

El Código Civil, en su art. 1 ° establece que " la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento", además señala que " la vida humana comienza con la concepción", y que "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

- **Desde la perspectiva del Tribunal Constitucional**

La concepción de un nuevo ser humano empieza con la fusión de las células de ambos padres, con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, se origina el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepitible, con su configuración e individualidad genética completa y que le permitirá, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio.

Finalmente, la ciencia establece diferentes corrientes, sin embargo; se puede entender que la vida humana empieza a partir de la concepción, es decir cuando se fecunda el ovulo y el espermatozoide en el útero de la mujer, he ahí su ciclo de vida.

#### **2.2.6. Derecho a la Identidad**

Como lo menciona Varsi Rospigliosi, E. (1995), todo ser humano tiene derecho a la identidad, por lo que es un derecho jurídico que ayuda a todo ciudadano, independientemente de su nacionalidad, país de nacimiento, deberá otórgale el mérito a pertenecer a dicho país, lo que se conoce como identidad nacional.

Respecto a este derecho, la Constitución establece el derecho que tiene toda persona o individuo, entre estos están la vida, la identidad, la integridad física y emocional, el libre desarrollo y crecimiento, la libertad y el goce de los derechos y el cumplimiento de los deberes. Previstas por las leyes de su país.

Como mencionar Junyent Bas de Sandoval (2016), quien afirma que la identidad humana, o identidad individual, es el derecho que tiene todo ser humano desde que nace, hasta el final de sus días. Asimismo, señala que este se forma, en base a genes biológicos, que no solo determinan nuestras características físicas, sino que también nos hacen únicos. Por ello, argumenta que la identidad personal se ve afectada por esta técnica. (p. 5).

Desde un punto de vista ontológico, todo ser humano tiene derecho a la dignidad, y la ley garantiza el derecho al respeto protegiendo la integridad de la persona, independientemente de sus valores físicos, biológicos, morales o lo que sea. La dignidad del hombre es protegida desde el nacimiento hasta el final de la vida. (Ballesteros y Aparisi, 200).

En el caso de la reproducción asistida, muchos han cuestionado la técnica, como Kant, destacado pensador que defiende la excelencia de la dignidad humana, mencionando que se vulnera la dignidad al utilizar el método de reproducción asistida como en el caso de la madre subrogada. Aquí es donde radica el problema entre la dignidad del niño y la madre de alquiler. Esta técnica se considera

cuestionable por el hecho de que la mujer accede alquilar su vientre a otra persona con el fin de obtener, en determinadas circunstancias, una ganancia económica, con el fin de satisfacer los deseos de los padres que están incapaz de tener un hijo, o por la infertilidad o esterilidad de uno o ambos progenitores, que se valen del avance de la ciencia para ser padres a pesar de los riesgos, y más allá del límite moral o legal, olvidando que su hijo es un sujeto de derecho mas no un objeto de contrato. (Las Velas, 2015).

En pocas palabras, el derecho a la identidad es un derecho inherente a la persona que permite identificarla, personalizarla dentro de una sociedad, incluso las personas que utilizan esta técnica estarían vulnerando el derecho de los niños puesto que no se desarrollaron en base a una verdad que los hace suya es decir conocer sus orígenes.

#### **2.2.6.1. Concepto de la Identidad Personal**

La identidad personal se define como el conjunto de rasgos que son propios del ser humano, que los identifica en una comunidad, región o país.

De acuerdo a lo mencionado por Rodríguez Sánchez, J. (1989), quien define la identidad personal de un individuo, como un conjunto de características físicas, psicológicas y emocionales que los hacen diferentes de los demás, es decir que cada ser humano posee características únicas, porque, aunque sean mellizos, siempre habrá diferencias que los hagan especiales. (pág. 1).

Fromm, E. (1967), psicólogo social y filósofo; menciona: La humanidad, en el campo de la percepción, está enfocada en conocer al otro y necesita un concepto de sí mismo, para hablar y sentir. (Página 58-59).

En el campo de la filosofía, la identidad de la persona a la que se refiere Dobso Romo (2006) es siempre única y concreta. se habla de la identidad cuando se pregunta ¿Quiénes somos? , ¿A quién queremos?. Y eso, ayuda a entender los elementos de descripción y evaluación entre sí. Gracias a la biografía, la historia es decir la identidad de la persona ayuda a definirse, individualizarse en base a tu historia, tus orígenes, cultura.

Asimismo, se podría decir que según Habermas (1996) “Las identidades deben ser formadas por nosotros mismos”. Tugendhat, a diferencia de Habermas, habla de dos tipos de identidad, individual y colectiva; Sostiene que una identidad personal exitosa debe ser tanto universal como nacional. Reconoce dos formas de identidad personal: una que se entiende puramente personal o egoísta, indiferente a los demás, y otra moral y en la que uno se identifica con los demás. De hecho, habla también de una identidad que es lo que existe, lo que te hace venir y no hay cambio de naturaleza porque eres el mismo.

Si se analiza desde un punto de vista antropológico, la identidad está ligada a la libertad, la verdad y la dignidad humana. Como tal, el hombre es libre por el simple hecho de ser él mismo y no los demás. Por eso el producto derivado de su libertad es su identidad, pues de ella deriva el hombre la capacidad de construirse a sí mismo, valorando lo que lo define como verdadero hombre, fundamento de su dignidad. (Bavio, 2010, p. 58).

Cabe mencionar que el derecho a la identidad es protegido en las legislaciones a nivel mundial, se busca que la persona desde que nace no pueda ser ignorada, mucho menos soslayada, la normativa legal protege de manera asidua tres derechos fundamentales que son la vida, la libertad y la identidad de la persona desde incluso antes de nacer.

- Identidad estática

Se define como identidad estática aquel principio que inmoviliza los datos que hacen referencia al individuo, tanto en su identidad genética, biológica, así como sus datos personales como nombre, lugar de nacimiento, fecha de nacimiento, nombres de sus progenitores, así como también su filiación. Aquellos datos son inalterables, inmutables o invariables.

- Identidad dinámica

Existen ciertos cambios que la ley acepta sin restricción en la persona como son la cultura, los rasgos de personalidad, la ideología entre otros aspectos culturales y espirituales de la persona, todo ello comprende la identidad dinámica de la persona.

Por ende, la identidad dinámica, se fundamenta en la libertad, debido a que las personas la van formando en función de sus propias creencias, de su personalidad, ideologías, entre otras.

La identidad dinámica se fusiona con la libertad, e irán modelando una cierta originalidad de su personalidad. (Sessarego, 1992)

#### **2.2.6.2. Protección normativa del Derecho a la identidad.**

Según lo mencionado por Junyent Bas de Sandoval (2016), toda persona tiene derecho a la identidad y derechos inherentes, por ello es un derecho autónomo.

Por otro lado, en Perú, la Convención sobre los Derechos del Niño fue reafirmada en 1990, establecida en el artículo 8 “Que los Estados aliados o soberanos tienen el deber de respetar los acuerdos, destacando en este artículo que los niños tienen derecho a conservar su identidad, asimismo a tener un nombre, una nacionalidad y el derecho a gozar de los lazos familiares...”

Sin embargo, esta práctica tiene muchos problemas y muchos vacíos legales que hacen que este acto sea controvertido, razón por la cual se considera un acto contrario a la percepción moral y religiosa, esto genera cuestionamientos sobre sus principios éticos, al realizar esta técnica. (Junyent Bas de Sandoval, 2016, p. 5).

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

Es por ello que la Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 2.1, fue una de las primeras en reconocer el derecho a la identidad como un derecho autónomo de la siguiente manera: “Toda persona tiene derecho: a vivir dignamente su carácter, su integridad física y psíquica, y su libre y feliz desarrollo.”

Se reconoce, por tanto, como un derecho fundamental y altamente individual, que surge de la propia condición humana.

Este derecho humano es innato porque se adquiere por el simple hecho de ser un ser humano y dura toda la vida, no es un derecho adquirido, por lo tanto, es necesario protegerlo desde el principio hasta el final de nuestros días, así mismo es un comportamiento no patriarcal y por lo tanto innegociables, sin perjuicio de que la violación o privación de dichos derechos pueda dar lugar a una compensación económica. Lo es también por sus propias características, intransferible, inembargable e inalienable, y no sujeto a expropiación alguna.

Obtener la ciudadanía y, en lo posible, conocer a los padres y llevar el nombre. Los niños también tienen derecho al desarrollo integral de su personalidad.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por nuestro país en 1990, está claramente expresada en su artículo 8: “Los Estados parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluida la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares...”.

Asimismo, el Código Penal Peruano, protege los derechos del ser humano, a saber, vela por la identidad, protege el derecho a llevar el apellido de sus progenitores, sanciona el incumplimiento de los padres ante la manutención de sus hijos menores de edad, protege su integridad física y emocional del menor. (Código Penal Peruano, 2016).

En base a lo antes mencionado, se llega a la conclusión que esta praxis, trasgrede el derecho a la identidad de la persona cuando al niño no se le respeta sus derechos, no se les protege, debido a que son tratados como objetos más no como sujetos de derecho, por ello, la única forma en que no se vulnera la identidad sería regulando correctamente la práctica de la maternidad subrogada, porque al no estar regulada afecta no solo la identidad del niño sino todas las dimensiones envueltas en esta práctica, como es su libre desarrollo de su personalidad, asimismo esta técnica restringe el derecho de conocer los orígenes biológicos, por lo tanto se estaría vulnerando el derecho de identidad.



La identidad comprendida como el medio en el cual la persona se reconoce a sí mismo en un ambiente familiar, crece, reconoce sus raíces se manifiesta en ellas, por consiguiente, en la sociedad en la que pertenece. Por ende, en el supuesto que el sujeto desconozca su identidad, su verdad se estaría vulnerando el derecho a la identidad.

Toda persona tiene derecho a que se le conozca su verdad personal. La que, vendría a ser en este caso el bien jurídico protegido del derecho a la identidad.

### **2.2.7. El Conflicto de Filiación**

Según Amado, (2017) menciona que la filiación es el nexo jurídico que se da entre padres e hijo. Generalmente, predomina el nexo biológico es decir de la filiación de manera natural, por otro lado, también se encuentra la filiación por adopción que es aquella que tiene como fuente la ley, y por último tenemos la filiación, generada por las TRA en donde se prioriza la voluntad.

La filiación por TRA aparta lo biológico para crear un tipo de filiación por socio afectividad, amparada en la voluntad pro creacional. Lo cual genera una nueva filiación.

En este tipo de filiación es donde se involucra a terceras personas, la filiación se resuelve a favor del hombre o la mujer que, sin haber aportado su carga genética, opta a que su pareja se practique dicha técnica para después del nacimiento asumir la maternidad o paternidad del nacido.

El conflicto en la maternidad subrogada radica en que son varias personas que se ven involucradas ya que por un lado está la pareja comitente quienes son los que encargan el embarazo, por el otro lado está la mujer que alquila su vientre sumando a ello si esta cuenta con pareja y finalmente los cedentes ya sea de óvulo o de espermatozoide, ante ello la duda de quienes serían considerados los padres del niño debido a que en esta figura el niño tendrá tres madres y tres padres.

### **2.2.8. Principio de Interés Superior del Niño**

El interés superior del niño es un principio fundamental y obligatorio que se aplica en todos los procesos de la niñez, tal como se define en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde se busca proteger la integridad física y psíquica mediante el pleno desarrollo de su personalidad en un ambiente sano. (Zambrano, 2009, p. 39).

Entendido como principio, una garantía para proteger los intereses y derechos de los sujetos de derecho. También podemos decir que es el derecho al desarrollo integral en una familia, en un ambiente de comprensión, amor y en un estado de equidad sin discriminación. En pocas palabras, incluye dar preferencia al niño en la aplicación de la ley que puede ser equivalente a la de un adulto (Velásquez, 2015, p. 19)

Principios en el interés superior del niño y del menor implica dar prioridad y la máxima consideración a los intereses de los menores, en todas las medidas que apliquen las distintas instituciones públicas o privadas en las que el niño o menor esté afectado o relacionado; Esto se debe a que su vulnerabilidad natural los deja en un estado de indefensión. Esta vulnerabilidad natural de todos los menores ha llevado a la imperiosa necesidad de proteger sus derechos, prevaleciendo sobre ellos ante cualquier conflicto de derechos e intereses, las defensas surgen y buscan prevalecer (Mella, 2017, pp. 75).

Priorizando la consideración del interés superior del niño, que tiene su raíz constitucional, en la protección expresa que le otorga el mismo artículo de la Constitución Política, que establece: "La comunidad y el Estado protegen, especialmente a los niños, adolescentes, madres y ancianos en situación de abandono, protege también a la familia y promueve el matrimonio, reconoce a éstos como instituciones naturales y fundamentos de la sociedad (...)", así como en el artículo 6 de la Carta Magna se establece que "la población nacional política tiene como finalidad la difusión y promoción de la maternidad y paternidad responsable", reconocen los deberes y derechos de los padres en la crianza, educación y seguridad de sus hijos, así como identifican que los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. (Mella, 2017, p. 76).

El principio del interés superior del niño es el fundamento de todo gobierno, tal como lo reconoce la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hacer de la protección y cuidado de los niños una obligación, así como respetar la protección de los intereses de los niños. En cuanto a la protección de los derechos del niño en los sectores público y privado.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha cambiado fundamentalmente la perspectiva de ver a los niños. Ante todo, se reconoce a los niños como sujetos de plenos derechos, otorgando con cuatro artículos como principios fundamentales: El derecho de los niños a ser protegidos contra toda forma de discriminación, el derecho a formar su propio criterio, a ser libres de opinar y a ser valorados, el derecho a la supervivencia y desarrollarse y por último, el interés superior del niño.

Existe un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “niño de la calle” que establece que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a establecer un proyecto de vida que debe ser apoyado y promovido por el Estado, para lograr su desarrollo y bien social. Los padres son los principales garantes de los derechos de sus hijos e hijas, ya que se colocan bajo la autoridad de los padres, en bien del menor, respetando la integridad física y psíquica de sus hijos, su causa y en todo lo que les beneficia. De la misma forma, establece la obligación de los jueces de resolver lo que convenga al interés superior de los niños, niñas y menores (López, 2015, 55).

En consecuencia, ante un conflicto frente al presunto interés de un adulto sobre el interés de un niño va prevalecer este último, ya que se hace con la finalidad de proteger los derechos de quien aún no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y evitar alguna vulneración de los niños y adolescentes. Es decir, se refiere a los intereses de los niños y niñas, que prevalecen sobre cualquier otra circunstancia paralela en la que deba decidirse. Esta decisión debe resolverse frente a lo que es mejor para el niño o niña en el caso particular (López, 2015, p. 55).

Para decidir qué es lo mejor para los niños, es fundamental establecer los impactos que pueden derivarse de la decisión que se toma. Estos posibles efectos se refieren a todas las circunstancias personales, físicas, morales y familiares en las que se rodeará un niño, niña o joven. Estos impactos son algo que los jueces u órganos administrativos deben considerar al momento de tomar sus decisiones (López, 2015, 55). Es decir, si un juez falla a favor de la gestación subrogada, abrirá la ventana, sin restricción alguna, en la que los más afectados sean niños o niñas.

En conclusión, el interés superior del niño va prevalecer ante cualquier otro derecho es decir va primar sobre cualquier otro interés debido a que se va buscar salvaguardar sus derechos y que estos no se vean afectados por situaciones de ninguna índole.

Asimismo, el derecho máximo de un menor es un concepto tripartito: derechos, principios y normas procesales. Al sopesar las diversas ventajas de tomar decisiones que afectan sus asuntos, un menor tiene derecho a considerar su interés superior como una consideración general. Este es un principio, porque si una ley requiere una variedad de interpretaciones, finalmente interpretará las explicaciones en el mejor interés de los niños. Esta es una regla de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión con respecto a un menor, el proceso debe incluir una evaluación del impacto de la decisión sobre el menor involucrado. Evaluar y determinar sus mejores intereses requerirá un programa. (Sokolich Alba, 2013, p. 8).

El juez se ocupa del principio de primacía del niño, debe desarrollarlo con precisión y coherencia, y la aplicación de este principio debe ir asociada a la justificación jurídica.

En las decisiones judiciales o administrativas que sólo se refieren al principio del interés superior del niño, sin amparo, no resuelven el problema, agravan o agravan el problema porque un defecto procesal afecta la obligación de hacer una decisión judicial que anula una decisión judicial o administrativa (Sokolich A., 2013, p. 8).

Sin embargo, las decisiones judiciales o administrativas que dicten el principio de interés superior del niño, que es importante para el procedimiento, deben ser argumentadas y justificadas, porque la mera mención de este principio no es suficiente para su aplicación.

Teniendo en cuenta, que el interés máximo de los menores es un triple concepto: derechos, principios y normas de procedimiento. Al sopesar distintos beneficios para decidir incidir en sus problemas, el menor tiene derecho a considerar como consideración general su mayor interés. Este es un principio, porque si una ley requiere una serie de explicaciones, facultativamente atenderá la interpretación del mayor interés de los niños. Esta es una regla de procedimiento, porque siempre que haya que tomar una decisión que afecte a menores, el proceso debe incluir una estimación del impacto de la decisión en los menores afectados. Evaluar y determinar sus mejores intereses requerirá un programa. (Diccionario de Asilo, 2008, p. 1)

- Niveles de responsabilidad en el interés superior del niño

Además, cuando se habla del grado de responsabilidad por el interés mayor del niño, hay dos tipos que se destacan; en el interés de la aplicación, se menciona en el primer ámbito, es decir, el sector privado, se relaciona con la decisión del niño sobre el adulto, estas decisiones les buscan la felicidad absoluta.

Sin embargo, los mayores beneficios de los niños son obviamente una responsabilidad privada.

Una responsabilidad pública, porque para incorporar normas jurídicas que aseguren el bienestar de los menores, siempre debemos considerar las máximas prestaciones de los menores para formular estas normas jurídicas, es decir, se debe hacer alguna de las del legislador. Los niños, niñas o adolescentes alcanzan el mejor nivel de protección frente a sus derechos.

En el sector privado, los menores pueden disfrutar de los efectos de la vida, de las condiciones económicas, familiares, culturales y sociales, y de muchos otros

factores. En el dominio público, no hay garantía para supervisar, estandarizar y proteger los mayores intereses de los niños. Este es un grave problema social porque los temas propuestos deben ser tratados por nuestros legisladores, e incluso sancionarlo cuando se amerita el caso.

#### **2.2.8.1. Garantía de desarrollo y vida digna.**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 declara que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado en beneficio de su familia, cuya razón de ser es lograr un desarrollo inclusivo y sostenible de los niños, con pleno respeto. Y el desarrollo de cada uno de sus derechos humanos, con base en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, así como en el artículo 3, asegurando que en cada caso se prevea el interés superior del niño para fortalecer el goce de sus derechos. (Ballesté y Olave, 2015).

En vista de lo anterior, se argumenta que la base fundamental de los derechos y normas en el interés superior del niño es cuando surge un conflicto, un proceso judicial en el que se ven involucrados menores de edad se debe emplear el principio rector de los derechos del niño, afirmando que el niño es un ente primordial de plenos derechos y garantías lo cual se debe dar su correcto cumplimiento para el desarrollo de su personalidad, asimismo el estado, los padres deben garantizar y proteger los derechos de los niños.

#### **2.2.8.2 Protección Integral**

La Convención del Niño y del Adolescente permite a las autoridades públicas que aplican sus normas jurídicas a restringir algunos de los derechos de los niños con el objetivo de proteger su "interés superior". Por consiguiente, en la misma Convención, en el art. 3 se dispone las medidas que afectan a la infancia lo cual debe tenerse en cuenta principalmente el "interés superior del niño". Por ende, este concepto jurídico se convierte en la cúspide del orden jurídico cuando se aplica a la infancia. Es así que, sobre todos los derechos, debe primar el "interés superior del niño". (Freedman, 2014).

### **2.2.9. Derechos involucrados.**

Diferentes ramas del derecho se ven inmersas en la práctica de la maternidad subrogada, en las cuales está el derecho constitucional, el derecho penal e incluso el derecho civil, cuando se trata de cuestiones relacionadas con la genética.

Todas las ramas de esta Ley cuestionan esta técnica, porque su objetivo es salvar la vida humana, buscando que estas técnicas cumplan con la normativa, la legislación y sirvan al propósito de solucionar problemas. La infertilidad, mediante técnicas médicas que logren dar vida a un nuevo organismo, quien será considerado ciudadano al nacer, quien además tendrá los derechos y practicará las obligaciones asignadas a cualquier persona, de conformidad con las leyes del país de nacimiento.

#### **2.2.9.1. Derecho al respeto de la vida privada y familiar.**

Partiendo de lo mencionado por Varona Martínez, G. (2007), quien mencionó que todo ciudadano peruano tiene derecho a la vida privada y familiar, por lo tanto, nadie puede invadir la intimidad de los mismos, así como divulgar datos personales, esto incluye asuntos de carácter religioso, datos personales, vida política, ni siquiera las personas cercanas pueden violar los derechos de privacidad. En el caso de menores de edad, el tutor legal tampoco tiene derecho a revelar los datos personales del menor. (p. 3).

#### **2.2.9.2. El derecho al anonimato del donante.**

El donante se ampara en el derecho al anonimato, es decir, el derecho que la ley le ampara, así como no tiene derecho a reclamar la paternidad del hijo, ya que la ley no le confiere ningún derecho jurídico y afectivo alguno para los hijos por nacer.

Como mencionan Itziar Alkorta, I y Farnós Amorós, E. (2009), en su tesis titulada "Anonimato y derecho a saber del donante", mencionaron que la ley protege a las personas de la donación contra el anonimato, es decir, dice que puede donar su semen, sin revelar su identidad, por lo que el progenitor que solicita la donación no tendrá derecho a buscar a la persona donadora para utilizarlo en diversas técnicas. (pág. 1).

### **2.2.9.3. La dignidad de los sujetos.**

De acuerdo a lo mencionado por Llompart y Aparisi Miralles, (2000), todos los seres humanos, desde un punto de vista ontológico, son iguales en dignidad, es decir, se protege jurídicamente la dignidad de la persona humana, sea del país o del lugar, donde fue encontrado. Asimismo, mencionó que independientemente de las características físicas y biológicas, la dignidad es un derecho inherente a toda persona. La dignidad es algo que se reconoce, algo a lo que ningún ser humano puede renunciar. Sin embargo, a través de los avances biomédicos, como la maternidad asistida, degrada la dignidad humana. (P.5).

### **2.2.9.4. Voluntad procreacional.**

De acuerdo a la tesis de la voluntad procreacional, el régimen de filiación reconoce, claramente, la presencia de un elemento voluntario implícito en la relación de paternidad, por ende, se establece su determinación al margen del dato biológico. Por consiguiente, se dice que para la atribución de la paternidad es necesario la voluntad del hombre de tener un hijo, donde la mujer desea ser fecundada con el gameto de su pareja o de un tercero. (Varsi, 2016).

No es factible otorgarle la paternidad a la persona que sabiendo y aceptando que su semen sea utilizado para la fecundación, y lo ha puesto a disposición de terceros, como sucede con los cedentes, los cuales no contraen responsabilidad alguna. Predomina su interés altruista y solidario de consentir la paternidad de los otros. Así, la voluntad procreacional es el pilar para determinar la filiación, con total independencia de si la carga genética corresponde a las personas que, en efecto, tienen la voluntad de ser padres, o de un tercero ajeno a ellos. (Varsi, 2016).

## **2.2.10. Ámbito de aplicación en la Legislación Peruana**

### **2.2.10.1. Perspectiva desde el Derecho Penal, Constitucional y Civil.**

- **Necesidad de establecer un articulado en el código penal peruano**

Considerando lo mencionado por Mercado Soto, M. (2019) quien afirma que en la Legislación Peruana el tema de maternidad subrogada y otras técnicas de materia biomédica son incipientes, es decir, que aún se está iniciando, sin embargo, aunque se encuentra en sus inicios, existen mucha polémica al respecto, tanto así que



técnicas como la maternidad asistida, o maternidad subrogada, ha frenado o ha puesto un límite al avance progresivo. (p. 31).

La maternidad subrogada es una práctica que debe regularse y posteriormente sancionarse cuando se vea vulnerado el derecho de identidad. Si bien este es un avance considerable de la ciencia este no puede trasgredir los derechos de los más vulnerables y lo que se debe primar es el interés superior del niño y la única forma de hacerlo es estableciendo un límite para este tipo de prácticas para evitar futuras afectaciones.

Lo que se debe hacer es prevenir y no usar el principio del interés superior del niño para suplir un vacío de la legislación debido a que no se estaría velando por este principio ya que el menor fue víctima de una manipulación desde el inicio, y no intentar remediar este hecho haciendo alusión al principio del interés superior del niño.

- **Perspectiva en el Derecho Constitucional**

En base a lo estipulado en nuestra Constitución Política, en donde literalmente manifiesta que el ser humano tiene derecho a su integridad, sin que se vean vulnerados, puesto que es considerado el fin supremo de la sociedad, así como del Estado. (Mercado, 2019, p. 31).

El derecho a la identidad se encuentra regula en el artículo 2 inciso 1 de la carta magna. Entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, asimismo la identidad desde perspectiva descrita ofrece, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona en una sociedad debido a que cuando la persona invoca su derecho a la identidad lo hace con la finalidad de que se le distingan frente a otros.

- **Perspectiva en el derecho civil**

En lo relacionado con el Derecho Civil, existe una incompatibilidad en la aplicación de las normas, toda vez que, ante la aplicación de normas en Derecho de sucesiones y en Derecho de familia, éstas se muestran afectadas, porque se alterna el tema de filiación y la figura paterna porque se ha presentado casos que un hijo ha llegado a tener hasta seis progenitores es decir tres madres (subrogada, genética y legal asimismo tres padres (genético, legal y en el supuesto que haya el esposo de la madre subrogada debido a que se presumirá que el hijo que la madre dará a luz será de él, es decir sería el presunto padre). En cuanto a la mujer que está comercializando su útero, ha llegado a presentarse nulidad de contrato, cuando ésta se ha negado a entregar al niño nacido a los comitentes. (Mercado, 2019, p. 32).

Finalmente se deduce que al regularse la práctica de la maternidad subrogada se tiene que hacer una modificación tanto en el derecho penal, en base a que esté se relaciona a la maternidad subrogada con los actos ilícitos que están en contrariedad con el derecho de las personas, porque los niños son vistos como mercancías que se pueden comercializar a cambio de dinero u otra compensación. (Mercado Soto, 2019, p. 32).

En el ámbito del derecho constitucional se debe modificar en el extremo de la concepción del derecho de identidad, para que la práctica de la maternidad subrogada pueda ir de acuerdo a la realidad. Asimismo en el derecho civil en el tema de filiación se debe de modificar y establecer los supuestos para que al momento que se susciten casos de maternidad subrogada la RENIEC pueda actuar de acuerdo a cada realidad.

#### **2.2.10.2. Legislación peruana.**

Según lo mencionado por Mercado Soto, M. (2019), afirma que en nuestra Legislación Peruana esta práctica, hasta la fecha no está regulada, sin embargo, hay muchos centros médicos que la practican, ofreciéndoles a las parejas una alternativa para procrear.

Sin embargo, sujetándose a lo descrito en la Ley General de Salud, donde establece “Que toda Persona tiene derecho de recibir tratamiento de infertilidad”, es decir, que puede procrear haciendo uso de las TERAS, esto se registra en el

artículo 7, donde la Ley hace mención que la responsabilidad recae sobre la misma persona, es decir, que es responsabilidad de la madre el aceptar una técnica para lograr su maternidad haciendo uso de las ciencia y tecnología”.

En el Perú no hay una regulación al respecto de este método que está trasgrediendo derechos donde los perjudicados son los menores que nacen producto de esta práctica, a lo largo de este tiempo se ha suscitado diversos casos de maternidad subrogada casos en los cuales se tenía que buscar una solución con el fin de que no se siga haciendo más daño al concebido, ya que ante los vacíos que hay en la legislación peruana hace que esta problemática aumente con el transcurso del tiempo y se continúe vulnerando los derechos del niño.

#### **2.2.10.2. Proyecto de ley N° 3404/2018.**

En el Perú se han dado una serie de proyectos de ley a consecuencia de no existir una norma que regule la maternidad subrogada que está generando controversia, el último proyecto de ley es el N° 3404/2018 el cual se refiere a esta práctica, donde es llamada maternidad solidaria, presentada al congreso el 25 de septiembre de 2018, basada en un ante proyecto que se efectuó en el 2013.

El proyecto de ley en mención fue a raíz del caso mediático de la pareja chilena la cual contrató a una mujer peruana para que alquile su vientre y llevar a cabo dicha práctica, pero al momento que la pareja decide abandonar el país para llevarse a los recién nacidos se les prohíbe la salida, por consecuente son recluidos en un penal, acusándolos por el delito de trata de personas.

Este proyecto de ley pretendía modificar el artículo 7 de la Ley general de Salud, en el extremo que dice “...siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona” asimismo se añaden nuevos incisos, como el inciso “D” que prescribe que la maternidad sea de forma expresa, altruista sin embargo; no puede ser posible dado que de todas formas existirá un dinero de por medio para cubrir las necesidades de la madre subrogada asimismo hace mención a un acuerdo, es decir una manifestación de la voluntad dando a entender que existirá un contrato con la finalidad de que se cumpla con el objetivo en caso la mujer subrogada se desista de entregar al niño.

Por ende, cabe preguntarse qué tan eficaz será ya que no se puede realizar este tipo de contratos si bien existe el consentimiento de las partes para su realización; sin embargo, no se toma en cuenta el siguiente elemento cual es el objeto del contrato que involucra cosas o servicios mas no sujetos de derecho y por consiguiente la causa del contrato es ilícita puesto que lo que se pretende contratar no está inmerso dentro del comercio de los hombres.

El artículo 7F establece el registro y menciona que son los padres quienes han autorizado a los nacidos como madres sustitutas, para evitar cualquier confusión en el registro del estado civil.

Finalmente, el inciso G dispone que no se dará contraprestación monetaria al alquiler de un vientre.

## **2.2.11 Derecho Comparado.**

### **2.2.11.1 Países que prohíben la maternidad subrogada:**

- **ALEMANIA**

En este país la práctica de la maternidad subrogada se encuentra prohibida, debido a que se delegó al Ministro Federal de Investigación y Tecnología realizar un estudio acerca de métodos de fertilización in vitro, como respuesta de esta investigación se logró demostrar que las nuevas prácticas reproductivas violentan el interés superior del niño.

Gamboa, C. (2010), describe que La ley alemana del 13 de diciembre de 1990 reprime con protección de datos y multas a quien fertilice sus óvulos y lo transfiera a otra mujer que no sea la donante. Al igual que alguien que fertiliza o transfiere embriones artificialmente a una mujer que quiere dar al niño a un tercero después del nacimiento.

Los profesionales de la salud involucrados en estas operaciones también serán sancionados. Ley de Protección Embrionaria, Ley 745/90 de 13/12/90 Artículo 1.- Abuso de técnicas reproductivas. 1. Quién: 1) Transfiere el óvulo de otra persona a una mujer. 2) Inseminación artificial de los óvulo con fines contrarios al inicio del

embarazo en la mujer de la que se originó el óvulo. 3) Transfiera más de tres embriones a una mujer en el mismo ciclo. 4) Fertilizar más de tres huevos en el mismo ciclo con transmisión intramuscular de gamma (GIFT). 5) Fertilice más óvulos de los que se pueden transferir en el ciclo de una mujer. 6) Extraer el embrión de una mujer antes de implantarlo en el útero para transferirlo a otra mujer o con fines distintos de la protección. 7) Realizar inseminación artificial o transferir un feto humano a una mujer que desee dárselo permanentemente a otra persona después de dar a luz. Como podemos ver, la ley alemana prohíbe estrictamente realizar técnicas de inseminación artificial para regular la gestación subrogada aunque no se sancione a la gestante, profesionales que practican esta técnica si se les sanciona. Por su parte, la Asociación Médica Alemana decidió rechazar la gestación subrogada por los riesgos para el niño y porque, en última instancia, podría incentivar la comercialización de la fecundación in vitro y la cesión de embriones. Estas sugerencias se reflejaron en la ley de 1991 promulgada anteriormente.

En 198, el Departamento Federal de Justicia y el Departamento Federal de Investigación y Tecnología formaron un comité en 198 para tratar el tema de los nuevos tratamientos de FIV y la terapia génica en humanos. En 1985, la subcomisión de representación legal redactó un informe sobre el tema, el informe anterior consideró la subrogación, la lactancia y la gestación subrogada según la costumbre como las características de ese fenómeno que se presenta en los siguientes casos: la madre subrogación que la inseminación heterocigota con el embrión de un hombre que luego quiere adoptar un niño con su esposa, es decir, una mujer que da a luz a su propio hijo genético, creado in vitro con espermatozoides de un hombre que luego adoptaría el niño con su esposa. La denominada “madre subrogada” se compromete a llevar un embrión genético al progenitor genético, especialmente cuando el contrato de gestación subrogada es nulo.

El ministro de Justicia, Hans A. Hengelhard, dijo que el embarazo es una forma común de trata de personas. Este anuncio se hizo debido a la apertura de una nueva oficina de información en una importante ciudad alemana. Por último, recuerda que todo acuerdo de gestación subrogada tiene como consecuencia la adopción de menores, pero esta adopción, como cualquier otro acuerdo, debe ser

aprobada por la autoridad competente, formalizarse y reconocerse por los tribunales.

A la luz de estas declaraciones, los medios reiteraron que el gobierno federal prepara un proyecto de ley que prohíbe explícitamente la gestación subrogada y sanciona con prisión a quienes incurran en esta práctica.

"El primer servicio de subrogación de la República Federal de Alemania (Familia Internacional Unida) con sede en Frankfurt recibió una orden judicial en 1990 para cesar inmediatamente sus actividades de mediación". (Mestre., 2015).

## **FRANCIA**

La Ley N° 9653 del 29 de julio de 199 introduce el artículo 16 número 7 del Código Civil, que establece que "será nulo y sin valor cualquier contrato relativo a la gestación subrogada por otra persona". Posteriormente, el Senado presentó un proyecto de ley para promulgar normas de bioética Velásquez, (2015). Por otro lado, el Código Civil francés establece que el "acuerdo", es decir, el "convenio entre las partes", entendido como contrato de subrogación, es nulo porque sería irrazonable celebrar un contrato por la vida de un ser humano.

- **ESPAÑA**

Esta práctica está prohibida por Ley 14/2006 y quienes desean una gestación subrogada deben viajar al extranjero para poder lograrla asimismo en su artículo 10 de la menciona ley establece que será nulo de pleno derecho el contrato por sustitución, a título gratuito u oneroso por parte de una mujer que renuncia a la filiación materna en beneficio del contratante o de un tercero.

Con respecto a la filiación los recién nacidos por gestación de sustitución se determinara con el parto.

### **2.2.11.2 Países donde se permite la maternidad subrogada**

- **INDIA**

Álvarez, N. (2021), citando a Alkorta, menciona que la India fue uno de los países más visitados donde se ha utilizado la práctica de la gestación subrogada ya que su uso no está prohibido debido al control limitado por parte de las autoridades. Los niños son recogidos del campo más fácilmente y sus vientres se alquilan a bajo precio.

Este país ha tenido las leyes más condescendientes desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de India dictaminó que la maternidad comercial también estaba permitida en 2012, lo que convirtió a India en la capital mundial de la subrogación. De hecho, el "comercio" en exceso de matrices aumentó en aproximadamente \$ 2.3 mil millones, según la Confederación de la Industria India (CII).

Los motivos por la que los extranjeros vieron a la India como el destino perfecto para la gestación subrogada de sus hijos es el precio, que es aproximadamente cinco veces más bajo que en Estados Unidos, y la simplicidad de los procesos, debido que la ley siempre reconoció los derechos de los futuros padres hasta entonces.

Hasta la fecha, la ley India ya no permite a los extranjeros acceder a la gestación subrogada, solo a las parejas indias con problemas de fertilidad.

La ley India actual no permite que las extranjeras que quieran someterse a un tratamiento de maternidad ingresen al país como turistas.

Hasta el último cambio en 2016, los futuros padres tenían que solicitar una visa médica especial que solo se emitía a parejas heterosexuales que habían estado casadas durante al menos 2 años. Los siguientes documentos debían adjuntarse a esta visa:

- Declaración jurada de los padres solicitantes que deben cuidar de los hijos nacidos por gestación subrogada.
- Un contrato legal entre los padres potenciales y la mujer india embarazada.
- Evidencia de que el procedimiento debe realizarse en una clínica de cría registrada y reconocida.
- Carta de la clínica confirmando que toda la compensación a la mujer embarazada ha sido pagada en su totalidad de acuerdo con el contrato.

Asimismo, la gestación subrogada debe ser altruista y la gestante debe ser un familiar cercano.

- **MÉXICO**

Anaya, S. (1997), Tabasco ha sido la primera agencia federal en legalizar esta práctica, y Sinaloa se convirtió en la segunda en 2013.

En el caso de Tabasco, el Código Civil solo tomó en cuenta el registro de recién nacidos bajo tal convenio, por lo que no se brindó protección a los involucrados, excepto el 13 de enero de 2016, cuando se reformó esa legislación.

Por esta razón, hasta 2016, Tabasco era el destino de viaje más popular para personas o parejas de otros países que querían convertirse en padres a través de la gestación subrogada. Ese año, el código civil del estado fue enmendado para restringir el uso de esta técnica solo a parejas heterosexuales en México.

Tanto el Código de Familia del Estado de Sinaloa como el Código Civil del Estado de Tabasco exigen que las madres sustitutas solo puedan ser mujeres de entre 25 y 35 años que tengan al menos un familiar sano, gocen de buena salud mental y hayan dado su consentimiento voluntario. Tomar prestada su matriz después de estar completamente informado del procedimiento antes de dar su consentimiento. Así lo contempla el Artículo 283 del código de Sinaloa.

En el caso de Coahuila y Querétaro, se han agregado artículos a sus códigos civiles que prohíben expresamente cualquier acuerdo de gestación subrogada, es decir, tal acuerdo o contrato no puede ser ejecutado. En el resto del país, la práctica sigue siendo anárquica.

- **UCRANIA.**

Permite el uso de la gestación subrogada, siempre que el embrión se genere con los gametos del padre y de la madre biológicos, según se especifica en su código de familia; por lo tanto, el recién nacido tendrá una relación filial con ellos. Sin embargo, esto debe hacerse en coordinación con la Ordenanza 771 emitida por el Ministerio de Salud, que estipula algunas condiciones sobre su origen. Velásquez,



(2015). En otras palabras, permite la subrogación, siempre y cuando los futuros padres lleven la genética.

### **2.2.12 Casos de interés en la Jurisprudencia de otros Países**

Se plantea casos de otros países con más experiencia en estos temas.

- En el 2013, una pareja australiana decide llevar a cabo esta práctica alquilando el vientre de una mujer tailandesa el resultado fue dos bebés de los cuales uno padecía síndrome de Down y una severa enfermedad en el corazón, ante ello la pareja comitente decide llevar solo al niño sano y dejando al otro con la madre subrogada.
- En Estados Unidos, Delaney Ott- Dahl, sucedió un caso similar al antes mencionado donde una menor con síndrome de Down, fue abandonada por la pareja que encargó el embarazo.
- En marzo de 2013, CNN se dio un caso peculiar donde una pareja ofreció US\$ 10,000 para que la madre subrogada se practique un aborto ya que el menor venía con deficiencia física (quiste en el cerebro, paladar hendido y una normalidad compleja de corazón). Ante este hecho la madre subrogada se fue del país para tener a la menor la cual después dio en adopción.
- En Estados Unidos se dio un caso donde una madre decide prestar su vientre para procrear un niño con el espermatozoide de su hijo gay y soltero.

### **2.3. Marco conceptual**

- Embriodonación: Los esposos padecen de esterilidad total.
- Filiación: Es un vínculo que prevalece entre dos personas, es decir entre padres e hijos que puede ser por consanguinidad o adopción.
  - Inseminación artificial: es una técnica donde se introduce mecánicamente o artificialmente los gametos masculinos en el aparato reproductor de la mujer
  - Ovodonación: la mujer tiene problemas ováricos, por ende, no produce óvulos, pero puede quedar embarazada.

### **2.4. Sistema de hipótesis**

**Hipótesis general:**

La ausencia de la regulación de la Maternidad Subrogada vulnera el derecho de Identidad e interés superior del niño, por cuanto limita sus atributos de la Identidad del niño causándole una grave afectación a sus derechos fundamentales.

### Hipótesis específicas:

**H1:** En los alcances doctrinarios acerca de la regulación de la Maternidad Subrogada por el derecho comparado, en los países que permiten la regulación, se protege parcialmente los derechos de identidad e interés superior del niño.

**H2:** La ausencia de regulación de la Maternidad Subrogada, vulnera el derecho de Identidad cuando el menor desconoce su Identidad estática y por ende no podrá desarrollar su Identidad dinámica.

**H3:** La ausencia de regulación de la Maternidad Subrogada vulnera el Interés Superior del Niño al no garantizar su protección, impidiéndole el libre desarrollo de su identidad, y el derecho de vivir en la familia de origen.

## Tabla 1

### 2.5 Operacionalización de Variables

*Tabla 1: Variable Independiente: Regulación de la Maternidad Subrogada*

Concepto	Indicadores	Unidad de Análisis
Maternidad Subrogada, conocido también como vientre de alquiler, esta práctica consiste en alquilar el vientre de una tercera persona a cambio de una contraprestación económica, la madre subrogante se compromete a entregar al recién nacido a penas nazca. Cabe precisar que los gametos son donados de terceras personas, pero	Procedimientos de reproducción asistida	Análisis de la Casación N° 563-2011-Lima
	Tipos de maternidad subrogada	Análisis del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05
	Modalidades de maternidad subrogada	Análisis del Expediente N° 183515-2006-0113. Caso de la pareja chilena
	Condiciones contractuales	Caso de Ricardo Moran, EXP. N° 05829-2009-PA/TC.
		EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC.

también existen casos que los gametos pertenecen algunos de los que encargan el embarazo.

*Fuente: Elaboración propia.*

## Tabla 2 Operacionalización de Variables

*Tabla 2: Variable Dependiente: La vulneración al derecho de Identidad e Interés Superior del Niño.*

Conceptualización	Indicadores	Técnicas e instrumentos
El derecho a la identidad es un derecho humano que tienen todas las personas desde que nacen y poder conocer sus datos biológicos, su cultura el cual les servirá para ser individualizados como sujetos en la sociedad, por ende, no puede ser privado de este derecho.	El conflicto en la Filiación	Análisis de la Casación N° 563-2011-Lima
	Identidad estática	Análisis del Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05
El interés superior del niño es un principio que busca garantizar el desarrollo integral y una vida digna el cual prevalecerá ante cualquier conflicto.	Identidad dinámica	
	Derecho al anonimato del donante	Análisis del Expediente N° 183515-2006-0113.
	Voluntad procreaciones	Caso de la pareja chilena.
	Garantía de desarrollo y vida digna	Caso de Ricardo Moran.
	Protección integral	EXP. No 05829-2009-PA/TC
		EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC.

*Fuente: Elaboración propia.*

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1. Tipo de investigación y Nivel de la investigación**

- 3.1.1 De acuerdo a la orientación o finalidad: Dogmática puesto que se evaluó desde una percepción Constitucional, asimismo se empleó la doctrina para entender los alcances de la problemática.
- 3.1.2 De acuerdo a la técnica de contrastación: La metodología utilizada en la investigación, se trata de un estudio descriptivo.
- 3.1.3 El nivel de esta investigación es descriptivo ya que tiene como objetivo describir la Maternidad Subrogada y el Derecho de Identidad e Interés Superior del Niño.

#### **3.2. Muestra**

- La muestra de estudio estuvo constituida en la Casación N° 563-2011-Lima el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Expediente N° 183515-2006-0113, Caso de la pareja Chilena, Caso de Ricardo Moran, EXP. N° 05829-2009-PA/TC y EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC.

#### **3.3. Métodos**

Analítico: Se realizó un análisis minucioso, de forma detallada donde se tiene como base el interés primordial del principio de protección del niño ante la acción de la maternidad subrogada, la misma que protege el derecho al anonimato del donante, el respeto a la vida tanto privada como familiar, la dignidad del sujeto, las técnicas de reproducción asistida; logrando determinarse que los términos analizados tienen una correlación lógica y de coherencia sistemática.

- Inductivo: Se aplicó el método inductivo en la presente investigación al estudiar la maternidad subrogada y aplicarlo a casos genéricos en tanto en la jurisprudencia nacional como internacional.
- Exegético: Se analizó e interpreto los derechos que se vulneran como son el derecho de identidad, entre otros, establecido en la Carta Magna. De la misma manera se realizará un análisis al último proyecto de ley que versa sobre esta problemática.
- Comparativo: Se contrasto dos realidades partiendo desde las legislaciones de los seis países: Alemania, Francia, España, India, México, ucrania, que han incorporado la práctica de la maternidad subrogada en su sistema jurídico.
- Dogmático: En la presente investigación se empleó este método para que esta pueda tener un correlato lógico y con base conceptual amparada doctrinariamente desde casos con aporte jurisprudencial, y asimismo con teorías científicas de autores reconocidos en el campo del derecho civil.
- Método Funcionalista Por cuanto se analizaron resoluciones judiciales como lo son el Expediente N° 183515-2006-0113, Casación N° 563-2011-Lima, Causa N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Caso de la pareja Chilena, Caso de Ricardo Moran, EXP. N° 05829-2009-PA/TC y EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC.

#### **3.4. Diseño de contrastación:**

No experimental. Porque se analizó y estudio los hechos de una determinada realidad, asimismo no se tuvo dominio de las variables por ende no se produce una manipulación deliberadamente.

#### **3.5 Técnicas e instrumentos de recolección de datos.**

Se requirió de la técnica del análisis documental, con la que se obtuvo la información sobre la Casación N° 563-2011-Lima, la Causa N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Expediente N° 183515-2006-0113, Caso de la pareja Chilena, Caso de Ricardo Moran, EXP. N° 05829-2009-PA/TC y EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC. Para los efectos de la aplicación de esta técnica se utilizó la ficha documental, por lo que el fichaje de materiales escritos sirvió para obtener la información del marco teórico, la cual fue obtenida de la doctrina, jurisprudencia, etc.

### **3.6 Procesamiento y análisis de datos**

Para recoger la información necesaria y lograr el objetivo se empleó la técnica documental, por ello esta investigación persigue el análisis de la jurisprudencia y la doctrina por ende se analizó de manera objetiva los fundamentos teóricos, doctrinarios, legales y el derecho comparado en relación a la práctica de la Maternidad Subrogada. Para ello se consideró la Casación N° 563-2011-Lima, la Causa N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, Expediente N° 183515-2006-0113 el caso de la pareja Chilena, Caso de Ricardo Moran, EXP. N° 05829-2009-PA/TC y EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC. Asimismo, se construyeron matrices de análisis para sistematizar los datos obtenidos.

## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS

#### 4.1 Propuesta

Mediante la investigación realizada se advierte que la maternidad subrogada es una práctica médica que si no se regula correctamente puede generar un peligro latente para los niños nacidos bajo este método, ya que puede darse la explotación de la mujer y la comercialización de niños.

Esta práctica si es utilizada de manera irresponsable puede generar varios problemas debido a que se da la intervención de varias personas de las cuales cualquiera puede reclamar la paternidad de un bebé nacido bajo esta práctica; Además “de una serie de conflictos jurídicos, que impedirán que el menor conozca su origen e identidad.

Al regular la maternidad subrogada en Perú se estaría eliminado el vacío legal que existe dado que este procedimiento si no es usado de la forma correcta vulneraría el derecho de identidad de los niños.

Por otro lado, tampoco se puede prohibir que las parejas recurran a este tipo de métodos ya que se les estaría restringiendo su derecho a la libertad procreacional; sin embargo, si se les puede imponer límites a este derecho para que no se vea afectado los derechos de los niños que son concebidos bajo esta práctica.

Por ende, la propuesta radica en que se permita la práctica de la maternidad subrogada homologa siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos:

- Que se compruebe a través de un informe médico la imposibilidad de que la madre comitente no pueda quedar embarazada.
- Que sea de manera altruista.

- La madre sustituta debe ser soltera y pertenecer al grupo familiar de la pareja comitente.
- La madre sustituta debe tener entre 27 y 35 años.
- La pareja comitente debe estar casada, quedando excluidos las mujeres solteras, hombres solteros.
- La pareja comitente y la madre sustituta deben ser peruanos de nacimiento
- La carga genética debe pertenecer a ambos padres comitentes es decir ovulo de la madre comitente y espermatozoide del padre comitente.
- La práctica de la maternidad subrogada no será aplicada a personas homosexuales.
- Queda prohibido realizar algún tipo de contrato de maternidad subrogada.
- La madre sustituta debe entregar al menor una vez nacido caso contrario se la acusara de secuestro.
- Se autorizará la práctica de la maternidad subrogada mediante una resolución judicial.

Es importante que al permitir esta práctica de manera excepcional también se regule en el código penal la sanción que acarrea a las personas que incumplan con los requisitos antes descritos, cual articulo debería estar redactado de la siguiente manera:

*“Quienes participan en la práctica de la maternidad subrogada sin respetar los requisitos establecidos serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años, además, tendrá como pena accesoria el sometimiento a terapias psicológicas consistente en maternidad responsable”.*

De esta manera se evitaría vulnerar el derecho de identidad del menor ya que él sabrá de donde proviene puesto que la carga genética corresponde a los padres comitentes y sabiendo sus orígenes podrá desarrollar su identidad dinámica de la misma forma se evita afectar el derecho de libertad pro creacional de la pareja. Con respecto al interés superior del niño al regularse se está garantizando su bienestar e integridad.



## **4.2 Análisis e interpretación de resultados**

### **4.2.1 Expediente N° 183515-2006-0113**

Se interpone demanda de impugnación de maternidad contra Jenni Lucero Aurish de la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber con el fin que el Órgano Jurisdiccional declare que la menor Daniela Mendoza Aurish es hija de la demandante y de su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber y de la misma manera se rectifique la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha establecido como madre a la persona de Jenni Lucero Aurish de la Oliva.

En el juzgado los puntos analizados versan en las características de la maternidad, técnicas de reproducción asistida, el desarrollo del procedimiento al que fue sometida la madre subrogada y el destino de los embriones fecundados sobrantes que se encuentran congelados en el laboratorio de la Clínica en la cual la recurrente fue sometida al tratamiento correspondiente.

#### **Hechos:**

Este es el primer caso de gestación subrogada en el Perú, ocurrido en 2006, cuando el matrimonio Mendoza See descubrió que la esposa sufría de una condición diagnosticada como “insuficiencia renal, una neuropatía inducida por medicamentos”, dolor y presión arterial alta que le impedía o limitaba el embarazo a la señora See. Por el hecho de tener un solo riñón pondría en peligro su vida y la del embrión en el supuesto de quedar embarazada (Gutiérrez, 2016, 10)

Entonces decidieron buscar otra forma de tener un hijo genético y optaron por la gestación subrogada, en la Clínica Miraflores bajo la supervisión del Dr. Augusto Ascenzo, usando a la madre de la Sra. See como madre sustituta. Que en realidad vendría siendo la abuela. (Gutiérrez, 2016, p. 10).

Pero al momento del nacimiento, se consignó a la niña como hija de la madre que la alumbró, Aurish de Oliva (abuela) y no de Carla Monique See (madre genética), quedando como hermana de la recién nacida, viéndose afectado el derecho de la filiación, patria potestad y herencia, lo cual conllevó a solicitar la impugnación de la maternidad, a lo que el juez declara fundada la demanda,

declarando que la niña nacida bajo la técnica de la maternidad subrogada sea registrada con los datos de los padres genéticos, dejando sin efecto la inscripción y reconocimiento por parte de la abuela que la gesto. (Gutiérrez, 2016, p. 105).

Por otro lado, se obtuvieron seis embriones de los cuales tres embriones fueron trasferidos al útero de la señora Jenni Lucero Aurish de la Oliva y los tres restantes fueron congelados para que en un futuro se pueda seguir con su proceso embrionario.

### **Fundamentos del juzgado**

El Juzgado analiza la legitimidad de la demandante para intervenir en el proceso, estableciendo que no se encuentra legitimada para instar el reconocimiento de maternidad, sin embargo, el juzgado reconoce que con el pasar de los años las leyes han quedado obsoletas frente a los progresos de la ciencia y en mérito a uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional "El Principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. Por ende deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario" y en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, respeto a sus derechos, en especial a conservar su identidad, el derecho al nombre y relaciones familiares es que se fija como punto controvertido identificar si la demandante es madre de la menor, a través del ADN, el Juez llega a determinar que la madre genética de la menor es la demandante Carla See Aurich y el padre genético es Luís Eduardo Mendoza Barber y que la persona de Jenny Lucero Aurich De La Oliva, fue la que llevo en su vientre a la menor por consiguiente se estableció que en la legislación peruana no existe prohibición expresa contra la maternidad subrogada por ende ampara la demanda.

### **Fallo**

El Juez declara Fundada la demanda de Impugnación de Maternidad interpuesta por Carla Monique See Aurish y como resultado declaró que la menor es hija de la demandada la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña. Asimismo, estableció dejar sin efecto la inscripción y reconocimiento realizado por Jenni Lucero Aurish De La Oliva como madre de la niña. Por consiguiente, dispone

la inscripción y reconocimiento de la menor a favor de Carla Monique See Aurish en el Acta de nacimiento. Además, prevé la rectificación del apellido de la hija.

Asimismo el juez se pronunció estableciendo el plazo de dos años para que la pareja de esposos haga efectivo el derecho a la vida que tienen los tres embriones donde la implantación será en el vientre de la señora Carla Monique See o una subrogación de vientre sin fines de lucros, en el supuesto que no se llegara a cumplir se enviaran oficios al Juzgado de Familia o el Ministerio de la Mujer a efectos de que se empiece un proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a una pareja sustituta.

#### **4.2.2 CAS. N.º 563-2011-Lima**

Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, contra la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa y dos, de fecha 30 de noviembre de 2010, que confirma la apelada, en que se declara fundada la demanda de adopción por excepción, declarando a la menor Vittoria Palomino Castro, hija de don Giovanni Sansone y de doña Dina Felicitas Palomino Quicaño, nacida el 26 de diciembre de 2006 en el Distrito de San Borja.

Por otro lado, según la genética del recién nacido esta puede ser de dos formas:

La primera es la maternidad subrogada propiamente dicha que es aquella donde el menor mantiene un vínculo biológico con la madre subrogada es decir con la mujer que alquilo su vientre. La segunda forma es la maternidad gestacional que se divide en ovodonación la cual se refiere a la donación de los óvulos debido a que la madre comitente no puede producir estos mismos y finalmente tenemos la embriodonación, donde la pareja comitente padece de esterilidad total.

Sobre los antecedentes de la Casación N° 563-2011-Lima, estamos frente a la “Maternidad Subrogada propiamente dicha”.

#### **Hechos:**

Se tiene entonces que la demandada Zenaida Castro Muñoz interpone recurso de Casación contra la sentencia que declara fundada la adopción por excepción a favor de Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansore quienes son los demandantes y pre adoptantes de la menor Victoria Palomino Castro quien es legalmente hija de Zenaida Castro Muñoz y de su pareja Paúl Frank Palomino el quien vendría hacer sobrino de la demandante ya que este es hijo de su hermano.

Por otro lado, la menor se encuentra con los pre adoptantes desde el dos de enero del 2007 cuando ella tenía nueve días de nacida, época en que los padres biológicos la dieron temporalmente, en primer momento los demandados se allanan y reconocen la demanda por lo cual se declara fundada la misma, argumentando que la menor es hija de Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero.

Asimismo cabe precisar que los resultados de la prueba de ADN arrojó como padre biológico al demandante y actual pre adoptante Giovanni Sansore, sin embargo la madre biológica de la menor renuncia al proceso de adopción y cuando fue solicitada por el Juzgado a fin de que precise el acto procesal, esta realiza subsanación defectuosa de la resolución la cual no fue impugnada en su momento, existiendo incertidumbre del consentimiento o no de la madre biológica ante ello se tuvo que priorizar el interés superior del niño prevaleciendo el derecho de la menor a tener una familia ante la oposición de la madre a prestar su asentimiento en un proceso de adopción.

La Sala Superior confirmó la sentencia que declara fundada la demanda argumentando que los demandados y padres legales de la menor la entregaron voluntariamente a los padres comitentes a los días de nacida renunciando a ella. Asimismo, se tiene que la madre biológica con consentimiento de su pareja procreó a la menor asumiendo ser inseminada artificialmente por una persona distinta a su conviviente con la finalidad de mejorar su situación económica y viajar a Italia.

Cabe precisar que la madre biológica de la menor en varias oportunidades amenazó con interrumpir el embarazo, con la finalidad de que se le diera más dinero del ya pactado.

Por ende, el Colegiado optó por prevalecer el interés superior de la menor ya que esta venía siendo criada por los demandantes y que a su vez el pre adoptante era su padre biológico.

Consecuentemente existió un acuerdo suscrito por ambas partes en el cual la pareja comitente le entregaba el monto de 19,800 dólares, sin embargo, el remordimiento hizo que la demandada se desista de la adopción.

#### **Fundamentos deducidos por la demandada**

- Infracción del artículo 115 Código Civil de los Niños y Adolescentes en el extremo de que no procede la adopción entre padres biológicos debido a que el demandante sabía que la menor era su hija.

- Infracción del artículo 128 inciso “b” del Código de los Niños y Adolescentes debido a que no procede la adopción por excepción ya que el demandado Paúl Frank Palomino quien figura como padre legal de la menor no mantiene un vínculo biológico con Dina Felicitas Palomino Quicaño, por ende, la presunta tía demandante, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con la menor ya que su sobrino no es el padre biológico.

- La infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil, aludiendo que para proceder a la adopción se requiere que los demandantes gocen de solvencia moral, sin embargo, los demandantes no cuentan con ello puesto que ocultaron la verdad sobre quién era el verdadero padre biológico de la menor.

#### **Fundamentos deducidos por el Colegiado.**

- La primera y segunda causal adolecen de sustento debido a que el acta de nacimiento de la menor reconoce como padre al demandado quien viene hacer sobrino de la demandante y que lo que predomina es esa prueba legal porque constituye un documento público el cual no existe una sentencia firme que declare su nulidad.

- Con respecto a las otras causales el Colegiado opto por prevalecer el Interés Superior del Niño ya que este principio implica el pleno goce de sus derechos, la

protección integral y simultánea de su desarrollo integral y una vida digna, sosteniendo que ante una pugna de derechos siempre va prevalecer el interés superior del niño ya que su pilar se basa en la necesidad de defensa de los derechos de aquellos que no puede ejercerlos por sí mismo. Consecuentemente baso su fallo en el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT en el cual arribo que “los demandados integran un hogar convivencial, y que la menor es feliz en esa familia”.

#### **4.2.3. Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**

El expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 se refiere a un juicio de amparo iniciado por el matrimonio César Lázaro Falecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y otro matrimonio integrado por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, y a la vez en representación de los menores de edad iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R, contra RENIEC exigiendo que los hijos sean registrados como hijos de la pareja comitente y no de la mujer que alquilo su vientre. Por tanto, se declara fundada la pretensión de que la pareja que encargo el embarazo se inscriban como padres de la menor.

De conformidad con la Resolución N° 5, publicada en el Expediente No. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, que ordena que la pareja comitente sea registrada como padres por considerar que el Estado brinda a todos diferentes métodos de asistencia reproductiva y sería absurdo que esto se omita cuando se ha obtenido un resultado favorable.

#### **Hechos:**

El 4 de mayo de 2016, los esposos Ballesteros y Rojas, interpusieron, a favor propio y de los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo contra el RENIEC.

La pareja ballesteros manifestó que estaban casados y que utilizaron todos los métodos posibles para que ella quedara embarazada, pero todos los intentos se frustraban ya que no podía obtener su cometido y es ahí que optaron por la técnica de la maternidad subrogada por ovodonación debido a que sus óvulos tampoco podían anidarse en su cuerpo es decir se dio la donación de óvulos.

La pareja Rojas acordó suscribir un contrato privado en el que se establecía que para la realización de esa técnica se contaría con los óvulos de una donante los cuales serían fertilizados con el espermatozoide del señor Ballesteros para luego ser introducidos en el vientre de la señora Rojas.

En noviembre del 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. consignando como padres a la pareja Rojas pese a que se le indico al médico que ellos no serían los padres de los menores aun así este error se repitió en el acta de nacimiento de estos mismos.

### **Fundamentos del Quinto Juzgado Constitucional de Lima**

Este estableció que este caso debía ser atendido en vía de amparo dado que se involucraba derechos personalísimos como es el derecho de identidad, reproducción entre otros.

Por otro lado, la controversia sobre quién debe ser el padre de un menor necesita aclaración.

Al respecto, cito al juez Hugo Velásquez Zavaleta que el derecho a la intimidad está íntimamente ligado al derecho a la autonomía reproductiva y a la salud reproductiva, es decir, el derecho a utilizar técnicas reproductivas.

Para concluir, estableció que el derecho a la salud reproductiva, junto con el derecho a la libertad y la privacidad, representa el deseo de las mujeres de tener acceso a las tecnologías de reproducción humana, así como de utilizar la ayuda de terceros para lograr sus fines.

El juez argumentó que no había razón para negar a la pareja Ballesteros ser inscritos como padres de los niños nacidos a través de esta práctica, argumentando que el Estado no la prohibía y, además, promovía la salud reproductiva.

Por otra parte, el juez enfatizó el artículo 7 de la ley médica general, que establece:

"Que toda persona tiene derecho a obtener tratamiento para su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, así como que la condición de madre genética y de madre subrogada correspondan a la misma persona.

### **Las excepciones inferidas por RENIEC**

RENIEC sostuvo la falta de legitimidad dado que las personas que representan a los menores no son sus padres y los que aparecen en las actas de nacimiento son la pareja Rojas.

Por otro lado, se denegó esta excepción porque los menores no pueden ser abandonados sin sustento ni protección porque el hecho de haber nacido bajo esta práctica no significa que quedaran desamparados.

Por otro lado, la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el juez manifestó que no es adecuado ya que crearía una controversia mayor porque hay muchos derechos individuales en juego por lo que puede causar un daño irreparable. Lesión de los mencionados derechos al libre desarrollo de la personalidad.

### **Sentencia:**

El Tribunal resolvió declarar fundado el presente recurso, anuló las partidas de nacimiento de los hijos menores y ordenó la inscripción de la pareja comitentes como padres.

#### **4.2.4 Caso chileno de Maternidad Subrogada en el Perú**

Este caso se refiere a la gestación subrogada realizada en el Perú por una pareja de nacionalidad chilena.

### **Hechos**

Los ciudadanos chilenos Jorge Tobar y Rosario Madueño fueron imputados por falsificación de documentos y tráfico de menores en la modalidad de trata de niños. Esta pareja chilena, separada de sus hijos recién nacidos, al a ver hecho todo lo



posible por convertirse en padres después de casi una década de fracasos (Reyes, 2018, p. 1).

Isabel es el nombre de una mujer peruana que engendró al hijo de esta pareja a través de subrogación, de quien se dice que recaudó \$10,000 para prestarle su vientre la cual es una ex enfermera de la clínica Concebir, donde su esposo chileno recibió tratamiento de reproducción asistida. Isabel firmó un acuerdo con ellos en 2017 en el que se ofrecía a llevar al hijo de la pareja. Rosario no podía concebir, por lo que recurrieron a dos óvulos de donante fecundados con el semen de Jorge Tobar en la clínica del Dr. Luis Noriega (Reyes, 2018, p. 1).

Ante esta situación, la Fiscalía los acusó de falsificar documentos y ser parte de una red de trata de niños. Y las autoridades judiciales ordenaron la detención de la pareja chilena por 12 meses (Reyes, 2018, p. 1).

#### **4.2.5 Caso de Ricardo Morán**

El caso versa sobre la realización de la práctica de la maternidad subrogada por ciudadano peruano en el extranjero.

##### **Hechos:**

Con el método de Técnicas de Reproducción Asistida en los Estados Unidos de América, el productor y conductor de televisión Ricardo Morán Vargas en el año 2019 pudo ser padre de dos niños, usando su gameto masculino y el óvulo de una donante anónima, llevando esta gestación en el vientre de otra mujer es decir en un vientre alquilado, formando así una familia monoparental sin el propósito de que los niños tengan legalmente una madre, asimismo sin considerar a la portadora de los óvulos como madre legal de los menores ni a la gestante subrogada, lo cual es permitido y regulado en el mencionado país. La problemática empezó cuando Morán declaró públicamente que sus dos hijos viven en el Perú como ilegales, ya que no cuentan con DNI y no pueden salir del país, debido a que RENIEC observó su petición de inscripción por el motivo que no cuentan con el apellido materno, puesto que el padre no puede ocultar la identidad de la madre de acuerdo con la legislación peruana.

Por otro lado cabe precisar que en el Código Civil de 1984 se menciona que el nombre está compuesto por el prenombre y los apellidos, dando así el apellido del padre y el de la madre, esta redacción a simple vista se da para casos donde la concepción es de manera natural, mas no para los casos donde los menores son procreados con las TERAS en el ámbito de una familia moderna monoparental donde solo existe el padre, asimismo el artículo 21 del Código establece la inscripción de menores de edad manifestando que la progenitora puede realizarla sin el padre y sin revelar la identidad de este, dando así la inscripción del menor con los apellidos de la madre; sin embargo este hecho no está previsto para el supuesto que el padre desea inscribirlo sin la madre y sin manifestar la identidad de la progenitora.

#### **4.2.6 EXP. N° 05829-2009-PA/TC**

El 19 de enero de 2009 la persona de Delia Consuelo Ibáñez Orellana interpone demanda contra el RENIEC, con la finalidad de que se le restituya su estado civil de soltera, puesto que ella no se encuentra casada. Manifestando que luego de realizarse una depuración registral se modificó la inscripción de su estado civil, por lo cual ahora figura como casada.

#### **Derecho a la Identidad**

La Corte mencionó que, entre los atributos esenciales de una persona, se encuentra principalmente el derecho a la identificación previsto en el inciso 1) del artículo. 2 de la Constitución, entendido como el derecho de toda persona a reconocer quién es y qué es. Lo que crea que se personaliza a través de sus características objetivas de personalidad tales como: nombre, seudónimo, registro, herencia, entre otras, también crea desarrollo y comportamiento propio, en lo que se refiere a la personalidad subjetiva (ideologías, identidad cultural, valores, entre otros).

Cuando proclamamos la identidad de una persona, lo hacemos para que pueda distinguirse de los demás.

## **El Documento Nacional de Identidad y su Importancia**

En el Perú, el Documento Nacional de Identidad funciona como una herramienta para posibilitar la identificación de la persona, así como para facilitar la realización de diferentes actividades.

Por ello, el documento nacional de identidad establece una serie de derechos fundamentales, ya que al personificar a las personas ante la sociedad, podrán ejercer sus derechos, tales como la alimentación, la salud y otros derechos.

RENIEC es el organismo responsable de mantener un registro de identidades únicas, y también es responsable de asegurar no solo su autenticidad, sino cambios para que sean respaldados.

Se declaran razonables las pretensiones en razón del derecho a la identificación personal, consagrado en el art. 2 inciso 1), de la Constitución.

### **4.2.7 EXP. N°. 04937-2014-PHC/TC**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Angélica Reynoso a favor de menor de edad de iniciales N. I. B. P.

La señora Angélica Reynoso Alviño interpuso un recurso de hábeas corpus dirigida a la directora de la investigación tutelar de Junín - Huancayo, señora Zina Yrene Romero Chávez. Con la finalidad de que se otorgue la libertad de la menor y le sea entregada a la recurrente, que es su abuela materna.

La cual sostiene que crio a la menor desde que nació cubriendo todas sus necesidades; sin embargo, en el 2014 apareció su hija quien a su vez es la madre de la menor acordando que su nieta viviría alternativamente con una y otra; y que, posteriormente, la Quinta Fiscalía de Familia le entregó a la menor, dado que sufrió violencia sexual por parte de la pareja de su progenitora quien a la fecha de los hechos se encuentra en el penal.

Asimismo, después de un tiempo la directora emplazada con el apoyo de la policía, la fiscalía se llevó a la menor de su escuela, argumentando un presunto estado de abandono moral, por lo que fue llevada a la aldea el "Rosario" en donde no permiten que vea a la menor.

Al consultarle a la menor ella refiere que quiere vivir con su abuelita porque ella la crio y se acostumbrado a su compañía.

### **El interés superior del niño**

El principio del interés superior del niño se singulariza por irradiar sus efectos de forma transversal, por lo cual al adoptarse una decisión se debe tener en cuenta sus alcances; deber que comprende a toda institución pública o privada. Además, exige un actuar "garantista", por lo que cualquier decisión donde este inmerso un menor se le considere como un sujeto de derecho al que es primordial garantizar la plenitud integral de sus derechos.

### **Interés superior del niño al decidirse sobre el desarrollo de su personalidad**

El actuar garantista de los involucrados es primordial, cuando se trata de decidir sobre el ambiente en que se desarrollará el niño que, por motivos excepcionales, podrá ser separado de sus padres. Estos casos requieren una atención prioritaria en la elección sobre el cuidado del menor, consideración que debe estar enfocada a que el niño se desarrolle en un ambiente de seguridad y responsabilidad, donde reciba afecto, comprensión y amor para generar su desenvolvimiento de su personalidad.

Asimismo, se debe actuar en función al deber especial de protección del menor, que comprende defender 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 de sus derechos.

El Magistrado Espinosa Saldaña Barrera manifiesta la protección especial que merecen los niños lo cual no implica que se les considere como meros objetos de protección; sino, por el contrario, que deben ser entendidos como auténticos sujetos de derechos. Es decir, la tutela que se les otorga no debe ser solo cuando los niños se encuentran en una situación de debilidad o vulnerabilidad, y, menos aún, considéralos por incapaces o "menores en situación irregular" (como lo establece la doctrina de la minoridad) Por ende, su correcta protección exige reconocerlas como las personas que son, y se encuentren encaminados a la construcción y al fortalecimiento progresivo de su autonomía.

Ante lo anterior, el juzgado declaró FUNDADA la demanda de hábeas corpus.

#### **4.3. Docimasia de la hipótesis**

La hipótesis ha sido probada de acuerdo con los siguientes argumentos detallados:

##### **Hipótesis general:**

La ausencia de regulación de la maternidad subrogación vulnera el derecho de identidad e intereses superior del niño, por cuanto limita sus atributos de la identidad del niño causándole una grave afectación a sus derechos fundamentales.

##### **Hipótesis específica**

H1: En los alcances doctrinarios acerca de la regulación de la maternidad subrogada por el derecho comparado, en los países donde se permiten la regulación, se protege parcialmente los derechos de identidad e interés superior del niño.

H2: La ausencia de regulación de la Maternidad subrogada vulnera el derecho a la Identidad cuando el menor desconoce su Identidad Estática y por tanto no podrá desarrollar su Identidad Dinámica.

H3: La ausencia de regulación de la maternidad subrogada vulnera el interés superior del niño al no garantizar su protección, impidiéndole el libre desarrollo de su identidad, y el derecho de vivir en familia.

##### **Argumentos que demuestran el cumplimiento de la hipótesis de estudio:**

Dentro de los argumentos que apoyan la hipótesis señalada en la presente tesis se tiene que:

**Argumentos doctrinarios:** No existe una normativa con respecto a este tema, salvo la que limita la clonación de seres humanos. El pilar del ser humano nace desde su concepción, el niño se va desarrollando a partir de ahí, va creando emociones, sentimientos, vínculos, por consiguiente, forma su identidad estática y

conociendo de donde provienen sus orígenes podrá desarrollar su identidad dinámica, su personalidad, bajo el fundamento de una verdad que la hace suya, con la que se identifica.

Sin embargo, se le restringe de todo ello cuando se le utiliza y se convierte en un conjunto de gametos de distintos orígenes, como resultado de un lazo que generó con una madre que lo gestó durante nueve meses, pero sin embargo no seguirán unidos dado que será un nexo roto por ir a establecer uno nuevo, netamente emocional, en el peor de los casos.

Asimismo, la práctica en mención conlleva a la realización de un contrato, en el cual se da el acuerdo entre la pareja comitente y la mujer que acepta quedar embarazada para luego entregar al menor cuando este nazca renunciando a los derechos que tiene sobre él, a cambio de una contraprestación dineraria.

Y las limitaciones de estas concertaciones están dadas por el orden público y las buenas costumbres establecidas como causal de nulidad en nuestro Código Civil.

Con respecto al derecho comparado entre los países que la regulan tenemos a Alemania quien prohíbe esta práctica ya que considera que violenta el interés superior del niño asimismo castiga con pena privativa de la libertad, en la India esta práctica está permitida y en sus inicios hubo un descontrol debido a que sus leyes eran permisibles y cualquier persona del extranjero podría ingresar a dicho país a contratar un vientre de alquiler haciéndose factible el comercio de la maternidad subrogada pero con el pasar del tiempo y las complicaciones que surgieron se fueron modificando las leyes quedando restringido que parejas extranjeras puedan acogerse a la práctica de la maternidad subrogada ya que solo lo podrán optar los matrimonios indios con problemas de fertilidad, y finalmente en México en alguno de sus estados la regula como por ejemplo en Tabasco y Sinaloa en el caso de Coahuila y Querétaro se han añadido artículos en sus códigos civiles que prohíben todo tipo de acuerdo de gestación subrogada. En el resto del país la práctica no está regulada.

### **Argumentos Normativos:**

De acuerdo a lo estipulado en el Artículo 1 de la Carta Magna; toda persona tiene derecho a la defensa, así como al respeto de la dignidad, siendo ésta un fin supremo de la sociedad, así como del Estado.

En el Artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes, dice literalmente que el adolescente tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Asimismo, todo niño y adolescente tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad, siendo obligación del Estado mediante sus autoridades, preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. Artículo V del Código Civil es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

El Código Penal peruano en su artículo 324° prohíbe la clonación o manipulación genética pero no existe una ley que regule la práctica de la maternidad subrogada, estamos ante un vacío normativo, sin embargo, en el art. 7 de la Ley N°. 26842, Ley General de Salud; “Establece que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre y cuando la condición de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona” por consiguiente se indica que para su aplicación debe constar la autorización previa y por escrito de los padres biológicos.

Se denota que el legislador no ha sido preciso quedando la norma a diversas interpretaciones debido a que no la prohíbe ni la permite la práctica de la maternidad subrogada y esta sería una de las razones por las cuales las personas siguen haciendo uso de dicha práctica.

Con respecto al interés superior del niño uno de sus parámetros es el reconocimiento de los niños como titulares de derechos, pero cuando se realiza esta práctica se demuestra que no se están respetando sus derechos ya que el menor queda expuesto a que se le vulnere su derecho de identidad debido a que

en esta práctica son varias las personas que intervienen para que se lleve a cabo, existiendo una prelación de derechos donde prima más el derecho de los padres.

**Argumentos Jurisprudenciales:**

En el Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, predomina el derecho de reproducción como un derecho humano y establece la inscripción en registros personales de los menores declarando como padres a la pareja comitente, sin importar que por medio hubo un contrato de maternidad subrogada. Mientras que en la Cas N°563-2011- Lima, prevalece el derecho de un menor procreado bajo la práctica de la maternidad subrogada a tener una familia adecuada sobre el derecho de la madre biológica.

En ambos casos se busca dar una solución menos gravosa para el menor y de esa forma evitar un daño aun mayor del que ya se le hizo. Lo que predomina en estos casos es la aplicación del interés superior del niño para poder resolverlos, por ello se debe prevenir estas conductas en favor de los derechos del menor y de esta manera proteger y resguardar dicho interés superior del niño por consecuente se estaría protegiendo su derecho de identidad y evitando que el menor sea objeto de manipulación.



**Tabla 3: Doctrina sobre la maternidad subrogada.**

AUTOR	LIBRO/REVISTA/ INFORME	AÑO	PAÍS	RESUMEN	CARACTERÍSTICA
Comité de Bioética	Informe	2017	España	La maternidad subrogada es uno de los temas bioéticos más controversiales por su carácter complejo sobre el modo en que se da la procreación humana, y las consecuencias jurídicas que acarrea.	Esta práctica es compleja al momento y acarrea conflicto al momento de la filiación.
Sandra Fernández	Revista	2017	Perú	Recalca que, al momento de efectuarse el contrato de la maternidad subrogada, éste con llevaría una serie de repercusiones con respecto al menor que ha sido procreado por esta vía, como es a su identidad la cual se podría ver afectada cuando dicha persona es insertada a la sociedad.	Se debe de regular la práctica de la maternidad subrogada para proteger el derecho de identidad de los menores.
Ambert J.	Revista	2011	Puerto Rico	Menciona que la Iglesia no acepta la maternidad subrogada, y es tratada como algo contrario a la voluntad de Dios y además afecta la dignidad del ser humano, el fin no justifica los medios.	Este método va trasgrediendo los derechos de la persona, con el propósito de lograr satisfacer un deseo sin mediar las consecuencias.
Mir. Candal	Revista	2010	Argentina	Expone que la maternidad subrogada guarda relación con la dignidad humana, puesto que el niño está siendo objeto de comercio e incluso estaría siendo considerado como un producto que se encuentra a la venta.	La maternidad subrogada con lleva a que el niño se convierta en un objeto de comercialización el cual puede ser entregado a cambio de dinero.
Reyes, A. A.	Informe	2008	México	Se entiende a la maternidad subrogada como un método a través del cual una mujer gesta en su vientre un bebé que en adelante será dado a otra mujer la cual guarda un nexo genético con el niño.	La maternidad subrogada implica la utilización de un vientre de una tercera persona la cual cumplida su función tendrá que dar al niño a la mujer que lo alquilo.

*El presente cuadro trata sobre la doctrina de la maternidad subrogada desde la perspectiva de diversos autores.*

*Fuente: Elaboración propia.*

**Tabla 4: Cuadro comparativo**

	Exp. Expediente N° 183515-2006-0113.	Casación N° 563-2011-Lima.	Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05	Caso de la pareja Chilena	Caso de Ricardo Moran
<p>Derecho de identidad - EXP. N° 05829-2009-PA/TC</p> <p>La existencia y disposición del Documento Nacional de Identidad depende no sólo la eficacia del derecho a la identidad, sino una multiplicidad de derechos fundamentales.</p>	<p>El derecho de identidad no se estaría viendo afectado debido a que la menor fue procreada con los gametos de la pareja comitente convirtiéndose así en sus padres biológicos y legales ya que solo se usó el vientre de su abuela para llevar a cabo la práctica. Por ende, la menor desarrollara su identidad dinámica en base a una verdad que la hace suya.</p>	<p>El Colegiado opto por prevalecer el Interés Superior del Niño ya que este principio implica el pleno goce de sus derechos, la protección integral y simultánea de su desarrollo integral y una vida digna.</p> <p>Sin embargo, en este caso se refleja el negocio lucrativo que genera la maternidad subrogada que, sin importar el derecho de identidad, integridad, se lleva a cabo dicha praxis.</p>	<p>Estableció que el derecho a la salud reproductiva, conjuntamente con los derechos de libertad y privacidad, manifiesta la voluntad de las mujeres de acceder a técnicas de reproducción humana.</p> <p>Es decir, prima el derecho de los padres antes que el derecho de los niños a tener una identidad.</p>	<p>El actuar de esta pareja refleja los niveles en los que puede llegar una persona con el fin de convertirse en padres, y vulnerar el derecho de identidad debido a que la madre gestante, madre genética, madre legal son personas totalmente distintas, viéndose afectado el derecho de identidad.</p>	<p>Al dificultarles a los niños contar con un Documento de Identidad y sumándole a ello no conocer su verdad, orígenes ya se le estaría vulnerando su derecho de identidad.</p> <p>El derecho fundamental a la identidad implica contar con un nombre, nacionalidad y a conocer a sus padres es decir saber sus orígenes y en base a una verdad que la hace suya poder desarrollarse.</p>
<p>Interés superior del niño - EXP. N° 04937-2014-PHC/TC</p> <p>Se considera al menor como un sujeto de derecho al que es preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos.</p>	<p>El EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC nos menciona el triple concepto que tiene el interés superior del niño es decir que no solo es un principio sino también un derecho y una norma de procedimiento, por ende, la maternidad subrogada debería regularse para de esa forma garantizar y generar una correcta protección al interés superior del niño.</p>	<p>El actuar garantista de los involucrados es primordial dado que se intenta buscar un ambiente adecuado para el desarrollo de su personalidad, procurando proteger el interés superior del niño; sin embargo, ya se vio vulnerado, debido a que no se regulo a tiempo este tipo de conducta y lo que se intenta hacer ahora es remediar este hecho.</p>	<p>El interés superior del niño se ve afectado al no garantizar su eficacia, al no velar por los derechos del niño. Según el EXP. N.° 04937-2014-PHC/TC menciona que toda institución pública o privada tiene el deber de garantizar la correcta protección del interés superior del niño.</p>	<p>No solo se debe proteger a los niños cuando se encuentran en una situación de debilidad o vulnerabilidad sino todo lo contrario se debe velar y garantizar su interés superior antes de que puedan sufrir una vulneración a sus derechos.</p>	<p>Con referencia a la sentencia sobre el interés superior del niño se colige que en el caso de los hijos de Ricardo Moran existe una vulneración a este principio en el aspecto que no se le está protegiendo, garantizando los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo debido a que aún son niños, si bien la ley se presta para diversas interpretaciones se debe tomar en cuenta la interpretación que favorezca al interés superior del niño.</p>

*En el presente cuadro se pretende demostrar la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño a través de los expedientes.*

*Fuente: Elaboración propia.*

## **CAPÍTULO V**

### **DISCUSIÓN**

#### **5.1 Expediente N 183515-2006-0113**

En este caso, no se cumple con lo establecido en el Artículo 7° de la Ley General de Salud, debido a que la madre gestante y biológica debe recaer sobre la misma persona. Y pues se da que la madre genética es Carla Monique See Aurish y la madre gestante es Jenni Lucero Aurich De La Oliva (madre de la comitente).

Por otro lado, la identidad genética si se da debido a que la pareja comitente apporto su carga genética por ende son padres biológicos de la menor. Por ello, el juez en base al principio del interés superior del niño opto por valorar la relación afectiva y el nexo biológico que los une, en el presente caso se ha respetado la primacía de la verdad biológica.

Este fue el primer caso de maternidad subrogada de tipo homologa donde la pareja comitente aporta su carga genética y solo requiere de un vientre para llevar a cabo el embarazo.

Al analizar la jurisprudencia relacionada a la maternidad subrogada, se determina que no se cuenta con una ley especial que regule las técnicas de reproducción asistida; y que como única base legal se tiene el artículo 7 de la ley general de salud, y es aquí donde radica la importancia de regularlo y establecer límites a dicha práctica.

#### **Derecho de identidad**

Respecto al derecho de identidad se ve reflejado que no existiría vulneración alguna puesto que el menor sabe de donde proviene, sabe sus orígenes y en base a ello puede desarrollar su identidad ya que él conoce sus raíces y tiene pleno conocimiento de su verdad biológica. Sin embargo, fue un riesgo que una mujer de avanzada edad asumiera el embarazo.

### **Interés superior del niño**

El juez determinó su fallo en base al principio del interés superior de niño puesto que lo mejor para este sería crecer y tener los apellidos de sus padres biológicos ya que la pareja comitente había aportado su carga genética; sin embargo, existió problemas al momento de la filiación por ende es importante que se regule para evitar este tipo de problemas.

### **5.2 Casación Nº 563-2011-Lima**

Respecto a los fundamentos de la demandada el código es claro en establecer dichos preceptos, pero sin embargo existe un conflicto de derechos, por ende, el Juez decidió interpretar dicho artículo basándose en el acta de nacimiento de la menor donde figuraba como padre el demandado, y de esta manera hacer prevalecer el interés superior del niño.

Por otro lado la madre biológica alega falta de solvencia moral pero sin embargo desde mi perspectiva ambas parejas de esposos no gozan de solvencia moral puesto que la pareja conformada por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansore prefirió satisfacer su deseo trasgrediendo los derechos a su paso, por consiguiente la otra pareja optó por lucra con la vida de un ser humano pues cabe precisar que la pareja conformada por Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero amenazaba con abortar a la menor sino se le entregaba dinero a cambio, incluso esto era más recurrente ya que seguía pidiendo dinero después de ver dado a luz con el fin de no obstaculizar el proceso de adopción.

Prosiguiendo con el análisis se puede denotar que existió un acuerdo previo entre ambas parejas y que de por medio hubo una suma de dinero, ese contrato fue verbal y va en contra del ordenamiento jurídico puesto que su fin era ilícito se estaba lucrando con la vida de una persona indefensa que desde su concepción fue vista como una mercancía, un objeto que podría ser comercializado. Sin embargo, el Juez solo considero deplorable la conducta de los demandados por tener poco valor a la vida humana al lucrar con ella.

Ante este conflicto de derechos se optó por prevalecer el interés superior de la menor y dejarla con los demandantes para evitarle hacer más daño del que ya se había hecho.

### **Interés Superior del Niño**

Este caso es un claro ejemplo de las consecuencias que acarrea la falta de regulación en nuestro país debido a la vulneración al interés superior del niño porque el Estado debe proteger y salvaguardar la integridad de los menores. Si bien el juez debe interpretar la ley, aunque exista algunos vacíos, se debe tener en cuenta que la voluntad pro creacional no es ilimitada como no lo es ningún derecho subjetivo, su límite radica en el derecho de los demás en especial el de los niños ya que ellos no pueden defenderse por sí mismos. Por ende, al ejercer los derechos reproductivos, debería de considerarse la responsabilidad que esto trae consigo, dado que existen límites.

Al revisar el expediente se puede notar el deseo que tuvo la pareja conformada por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansore de ser padres ¿pero a qué precio?, ellos sobrepasaron los límites y trasgredieron derechos a su paso buscando el anhelado sueño de ser padres es aquí donde se ve reflejado que lo que más importa para ellos es cumplir su anhelo a cualquier precio sin importar el daño que le causan a la menor.

Por otro lado, tenemos a la madre subrogada quien también viene hacer la madre biológica de la menor la cual priorizo los intereses que este embarazo le generaría y utilizo su derecho de procrear de una manera errónea sacando provecho de ello junto con su pareja.

El Artículo 3 de la convención establece que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar (...) pero sin embargo no se está protegiendo al menor ya que no existe una regulación al respecto que proteja su bienestar y su desarrollo integral puesto que en este caso la menor fue usada como una mercancía que se puede vender a cambio de una contraprestación dineraria.

El Interés Superior del Niño no debe emplearse con la finalidad de remediar una situación que genera conflicto sino también debe ser fundamento para garantizar una adecuada protección y plasmarlo a través de una regulación que vele por los intereses de los niños que son las personas más vulnerables.

### **El derecho de Identidad**

En este caso se estaba viendo trasgredido el derecho de Identidad al ocultar la verdad sobre el verdadero padre de la menor, este derecho es de suma importancia pues hace que una persona se sienta individualizada del resto y forme su propia identidad una vez conociendo sus orígenes.

Finalmente podemos decir que ante un conflicto de derechos, se va a ponderar el principio de Interés Superior del Niño; va a procurar su protección, y no dejarlos en el abandono; el deber del estado es protegerlos por ello el fallo fue favorable para la pareja conformada por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansore priorizando el bienestar de la menor, sin embargo ello no quita el mal actuar de los padres comitentes, la maternidad subrogada es una problemática que acarrea la vulneración de derechos en este caso se vio reflejado más de un derecho como son: el Interés Superior del Niño, el derecho de Identidad, la dignidad de la persona, su Integridad. Por ello urge la necesidad de regular esta práctica y posteriormente sancionar el actuar de las personas que hacen un uso indebido de su derecho a la libertad de procrear. Y una manera de garantizar el Interés Superior del Niño es regulando esta práctica para que los más vulnerables que en este caso son los niños no se vean inmersos en actos que van contra su dignidad como personas puesto que son tratados como objetos mas no como sujetos de derechos.

En el presente caso el Colegiado declaro infundado el recurso interpuesto por la demandada (madre biológica) alegando que no tenía respeto por la vida humana, ya que desde el primer momento vio a la menor como una fuente de ingresos.

Ante dos realidades el Juez opto por predominar el Interés Superior del niño y que la menor se quede con sus pre adoptantes que a su vez uno de ellos es su padre biológico.

Se puede apreciar que se dio prioridad a la menor de pertenecer a una familia idónea ante el derecho de la madre biológica y de su esposo.

En esta Casación se ve el mal uso del derecho a la libertad pro creacional puesto que la madre biológica uso este derecho para lucrar con la vida de un ser indefenso ya que lo entrego a cambio de una contraprestación dineraria, y esta práctica al no estar regulada genera un problema gravísimo a los niños ya que se puede dar la figura de trata de personas por ende el Estado debe velar y proteger a los menores que son aquellas personas que no se pueden valer por sí mismas he aquí la importancia de que se regule caso contrario se estaría vulnerando el Interés Superior del Niño debido a que no se está protegiendo a través de una regulación.

### **5.3 Expediente N° 06374-2016-0-1801-Jr-Ci-05.**

En cuanto al análisis de los expedientes estudiados, según sentencia dictada en el expediente No. 06374- 2016-0-1801JR-CI-05.

El Juzgado resolvió declarar fundada el recurso, anulando las actas de nacimiento de los hijos menores y exigiendo la inscripción de la pareja comitente como padres.

Considerando el caso que se ha realizado en el marco del trabajo expuesto, se puede inferir que el análisis debe ser más profundo porque los derechos individuales son altamente vulnerados y no un tema que se pueda subestimar.

Por otro lado, cabe recordar que esta pareja incurrió en un acto que no estaba reglamentado, y mucho menos autorizado, pero aun así ignoraron esta conducta sin prever las consecuencias. No obstante, la protección debe otorgarse al menor como sujeto de derecho.

Aquí debe primar el derecho del niño a integrarse en una familia con respeto a su dignidad, es decir, no debe ser abordado desde un único punto de vista ya que se estaría infringiendo sus derechos.

Por otro lado, esta práctica es cada vez más común, lo que lleva a que el administrador de justicia no pueda enfrentarla de manera efectiva y deba resolver a través de los principios de la ley, buscando siempre lo mejor para los niños.

Pero cabe preguntarnos ¿Realmente se está buscando el interés superior del niño? Desde mi perspectiva considero que no, porque no es solo el derecho de los padres sino también el derecho de los niños que se ven envueltos en esta práctica ya que ellos también tienen el derecho de conocer su identidad y poder desarrollarse en base a ello.

En esta sentencia, en efecto, no se garantiza el ejercicio de los derechos de los dos hijos, más bien se está privilegiando el derecho del demandante, a querer ser padre, citando a Beatriz Junyent, establece que "el derecho a procrear nos da derecho a tener hijos, pero no nos da derechos sobre los hijos.

Ellos son dueños de su historia, de su pasado, su presente y su futuro". Núñez, (2017) Resulta ilógico señalar que se está salvaguardando el interés superior del niño, con la aceptación haciéndola ver como una práctica legal; lo cual a todas luces es inconstitucional puesto que no existe regulación alguna en la legislación peruana que hable de la maternidad subrogada.

El derecho a la maternidad va de la mano con el derecho a la procreación, no siendo los mismos, derechos absolutos sino derechos relativos, es decir no son derechos ilimitados, sus límites son los derechos fundamentales de los niños, como el derecho a conocer su origen biológico, a crecer en el seno de una familia y a nacer dentro de las condiciones naturales privilegiándose el interés superior del niño. Meléndez, (2017). Es decir, la maternidad subrogada tendrá como límite los derechos fundamentales y principios, por lo que su incorrecta aplicación corresponde a la vulneración del principio del interés superior del niño.

Asimismo, cabe precisar que se está dando un acuerdo entre los intervinientes lo que se puede dilucidar como un contrato ya que existe la manifestación de voluntad, pero sin embargo se está contratando un servicio de alquiler de vientre acto que para el derecho peruano sería nulo porque atenta contra el orden público y las buenas costumbres.



En el Perú estos avances de la ciencia son aún incipiente puesto que no todos conocen de que se trata o que perjuicios podrían traer a los niños que nazcan bajo esta práctica.

Es por ello que los avances científicos y en específico la maternidad subrogada viene trayendo problemas debido a que no se ha establecido un límite. La vida humana y la dignidad de la persona no se pueden comercializar ni mucho menos jugar con los derechos de las personas involucradas a ello nos referimos al niño, cabe precisar que durante el tiempo de embarazo que son 9 meses ya se ha creado una conexión especial entre madre e hijo, creando sentimientos.

Asimismo, podemos decir que la maternidad subrogada vulnera el derecho de Identidad e Interés Superior del niño, cuando se afecta su libre desarrollo, su esencia a esto nos referimos a conocer sus orígenes y que en base a ello pueda crecer plenamente.

Este caso opto por prevalecer el interés superior del niño dado que no se le podría dejar desamparado existiendo una familia que tenía una economía establece dándole una buena calidad de vida.

Por otro lado, en esta sentencia, la sentencia se orienta en relación a las violaciones a la salud reproductiva, cualquier disposición. 7 de la Constitución Política establece: "Toda persona tiene derecho a la protección de su salud".

En esta sentencia solo se enfocó desde una solo perspectiva que era el derecho de los padres, pero sin tener en cuenta los derechos del niño, dándose una prelación de ellos es decir primo más el deseo de ser padres, como hemos podido observar en esta sentencia.

Los operadores de justicia buscan remediar el daño causado y buscar una solución a ello sin que salga afectado el menor, pero sin embargo eso es imposible ya que el niño desde un inicio fue tratado como un experimento y por ende se le fueron transgrediendo sus derechos.

Esta es una problemática a toda luz pero que sin embargo nadie hace nada para regular y sancionar este tipo de actos es más se está dando de forma progresiva puesto que ya vienen personas del extranjero a alquilar vientres al Perú como es el caso de la pareja chilena, y de otros artistas peruanos como es el caso de Ricardo Moran que opto por esta práctica, pero la realizo en otro país para después ingresar con los menores a territorio peruano.

Un país no se mide por los avances de la ciencia; sino por la correcta protección que les dé a sus ciudadanos.

#### **5.4 Caso de la pareja chilena**

##### **Derecho de identidad**

Los menores nacidos bajo este método sufrirán la conmoción de no saber su origen. Este derecho que tiene el individuo, de conocer el origen genético y la historia de una persona, ya sea simplemente para sentirse reconocido o para formar parte de un grupo de personas con características comunes que las definen (llamado familia), forma parte del derecho de identidad que tiene cada persona. La identidad no se trata solo de quiénes son tus padres, se trata de mucho más. Por eso hablamos de un aspecto dual de la propia identidad: identidad estática e identidad dinámica.

En ese sentido, podemos concluir diciendo que el derecho a la identidad no es unidimensional, es decir, no puede ser interpretado solo como el derecho a obtener un documento de identidad, sino, por el contrario, implica la necesidad de garantizar al individuo el ejercicio de la personalidad en función de la designación de un nombre y apellidos. En este orden de ideas, podemos válidamente sostener que la identidad constituye el conjunto de características físicas, psicológicas, emocionales y de comportamiento que individualizan y diferencian a una persona de otra. Ello implica la existencia de un vínculo de naturaleza físico-somática entre la representación corpórea de la persona y su psiquis interna, son elementos que configuran la identidad.

## **Interés superior del niño**

La invocación al principio del interés superior del niño fue utilizada como un argumento a favor de la pareja chilena pues cabe preguntarse ¿cuál sería el interés superior del niño? ¿Es mejor que se quede con quien lo gestó durante nueve meses o con quien adquirió derechos sobre el por medio de un contrato?

Analizando de manera objetiva y si en verdad se piensa en el interés superior del niño, lo que se debería hacer es evitar este tipo de situaciones donde es el niño quien sufre los estragos de estas prácticas.

Este caso fue conocido a nivel internacional en donde el Perú fue el centro de diversos cuestionamientos por la falta de regulación, donde la maternidad subrogada no es una práctica permitida pero tampoco prohibida por ende las personas hacen uso de este método sin medir las consecuencias siendo un tema que se ha vuelto tan significativo debido a que los niños son los seres vulnerables los cuales deberían recibir mayor protección por parte del Estado regulándolo en base a la realidad.

A la pareja chilena se le dictó prisión preventiva acusándolos de trata de personas ya que era la figura que más se adaptaba a la situación puesto que en el Perú no existe una regulación que sancione la práctica de la maternidad subrogada, quedando en una total desprotección de los niños nacidos bajo esta práctica. Después de este hecho se presentó un proyecto de ley el cual no fue aprobado puesto que quedaban muchos puntos sin resolver.

No se puede hablar de una correcta aplicación del principio superior del niño con respecto a la maternidad subrogada, cuando al niño se priva del amor de su madre gestante, el cual no la volverá a ver siendo un amor distinto al de la madre biológica; asimismo no se estaría dando un Estado justo cuando se vulnera con ello la identidad genética del niño; lo cual nos conlleva a una grave afectación de este principio.

El principio de interés superior del niño, establece una consideración Prioritaria y primordial al máximo beneficio integral de un menor.

El principio superior del niño, se encuentra recogido en la norma, la forma de su aplicación depende del criterio de cada juez al momento de resolver. Para algunos jueces alegando la aplicación de este principio y otros en base al argumento de que al aplicarlo resolverán lo que consideren mejor para el menor. Del Águila, (2017).

Es decir, la aplicación adecuada o no del principio superior del niño, solo dependerá del juez.

### **5.5 Caso de Ricardo Moran**

En el Perú no se cuenta con una ley que regule las TERAS, la filiación e identidad de los niños nacidos bajo estos métodos, surgiendo así un problema el cual enfrenta el conductor de televisión Ricardo Moran. Cabe hacer mención que solo se cuenta con el artículo siete de la Ley General de Salud N° 26842 de 1997, el art. 20 y el art. 21 del Código Civil de 1984, que a su vez es insuficiente para resolver este tipo de controversias donde los más perjudicados son los menores.

Por otro lado, en este conflicto se ve envuelto a dos menores los cuales no tienen la culpa del actuar de los adultos, asimismo se está atentando contra sus derechos, estipulados en la Convención sobre los Derechos del Niño en el cual exige a los países que todo niño y niña tiene derecho a un nombre y nacionalidad y al no brindarles ello se está afectando otros derechos como es el de la salud, educación.

En el presente caso se ve reflejado el mal uso de la práctica de la maternidad subrogada debido a que el señor Ricardo Moran sabía perfectamente que esta práctica no estaba regulada en el Perú; sin embargo decidió realizarla en el extranjero sin mediar las consecuencias que esto conllevaría al momento de ingresar con los menores a territorio peruano, si bien el actuar del señor Ricardo Moran está mal eso no quita que el estado deje desprotegidos a dos menores los cuales son las víctimas de todo ello.

### **Derecho de identidad**

A los menores nacidos bajo esta práctica se les están vulnerando su derecho de identidad en todos sus aspectos no solo con el hecho de no conocer sus

orígenes o de donde proviene; sino también con el no poder individualizarse en una sociedad a través de un documento de identidad, asimismo a no tener una nacionalidad e inclusive un apellido, siendo víctimas del deseo de una persona de convertirse en padre sin pensar el daño que ocasionaría a sus menores niños.

Es importante que se regule la maternidad subrogada para que las personas no vulneren el derecho de identidad de un menor, nuestra normativa no está acorde con la realidad es por ello que a los operadores de justicia se les hace complicado resolver un caso de esta magnitud ya que ellos se rigen bajo nuestras leyes establecidas y al existir vacíos se les complica y mientras tanto son los menores quienes sufren las consecuencias.

### **Principio de interés superior del niño**

Los operadores de justicia actúan en base al interés superior del niño en estos casos de maternidad subrogada, ya que buscan remediar un hecho y evitar así causarle más daño al menor del que ya se le hizo al momento de realizar la práctica de la maternidad subrogada; sin embargo no siempre se va a cumplir con el fin de este principio ya que por un lado se le va brindar protección y seguridad pero por el otro se le va desprender de sus orígenes de conocer una verdad que lo hace suya y de la cual se identifica.

El día que se les reconozca su derecho de identidad y contar con los apellidos de su padre no se estaría garantizando plenamente el ejercicio de los derechos de ambos niños, se está privilegiando el derecho del padre, mencionando a Beatriz Junyent, establece que “el derecho a procrear nos da derecho a tener hijos, pero no nos da derechos sobre los hijos. Ellos son dueños de su historia, de su pasado, su presente y su futuro”. (Núñez, 2017, p. 140).

### **5.6 EXP. N° 05829-2009-PA/TC**

En este caso se menciona al derecho de identidad tanto de carácter objetivo como subjetivo, donde la persona se desarrolla en base a una verdad que la hace suya y que lo individualiza del resto ya sea por sus orígenes, cultura o rasgos físicos. Asimismo, recalca la importancia del Documento Nacional de Identidad el cual permite individualizar a una persona dentro de la sociedad y conexo a ello sus

demás derechos que son inherentes al ser humano. Es decir, al contar la persona con Documento de Identidad este podrá hacer uso de la plenitud de sus derechos además le generará deberes como ciudadano.

Por otro lado se resalta el trabajo que realiza la RENIEC y mencionar este punto es de suma relevancia debido que en los casos de maternidad subrogada esta entidad es la que muchas veces es la parte demandada al no consignar a la pareja comitente como padres del menor nacidos bajo esta modalidad y en si la RENIEC no tendría culpa, ya que cumple su función de acuerdo a las leyes que se encuentran vigentes y en estos casos la única ley que tenemos es la ley general de salud específicamente su art. 7 el que hace mención que la madre genética y gestante debe recaer sobre la misma persona y de ahí surge un conflicto ya que en la maternidad subrogada la madre gestante, genéticas y legal serán distintas personas.

El tribunal considero que se había vulnerado el derecho de identidad personal de la recurrente.

#### **5.7 EXP. N.º 04937-2014-PHC/TC**

El Tribunal sostiene que en todas las medidas donde estén involucrados los niños las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deben tener prioridad a que se resuelva de acuerdo al interés superior del niño procurando su protección y bienestar.

Asimismo, se menciona la actuación garantista que entra a tallar al momento de decidir el ambiente donde se va desarrollar el menor que por diversas razones esa separado de sus padres.

Por otro lado, el Tribunal se ha pronunciado sobre el derecho del niño a tener una familia como un derecho constitucional implícito en base al principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar.

El magistrado Espinosa Saldaña Barrera refiere que los niños deben ser tratados como sujetos de derecho mas no como objetos de protección ya que la debida protección exige reconocerlos como personas que son y de esa forma construyan su autonomía.

Asimismo, menciona el concepto triple que tiene el interés superior del niño siendo este entendido como un derecho el cual versa que al momento de tomar una decisión se debe respetar el derecho del interés del niño es decir que su opinión tiene relevancia para poder concretar una decisión. Y será un principio cuando existan diferentes interpretaciones a una Disposición Jurídica y se elija la interpretación que más favorezca al interés superior del niño, finalmente es una norma de procedimiento en el ámbito que se tenga que tomar una decisión se piense en las repercusiones que puede acarrear y se brinden las garantías procesales que correspondan.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

La ausencia de una regulación vulnera el derecho de identidad e interés superior del niño en el ámbito de que se le limita conocer su verdad, sus orígenes y en base a ello desarrollarse a plenitud, dándose una prelación de derechos donde prima el derecho de los padres. El niño por su especial situación y por encontrarse en una situación de desventaja, debe de contar con una legislación y una realidad social que vaya de acuerdo a sus necesidades, para que, de esta forma, se cumplan el ejercicio pleno de sus derechos.

### **Segunda**

En el ámbito del derecho comparado el tema de la maternidad subrogada está dividida, ya que, en algunos países como Alemania, Francia la prohíben por considerar que está práctica va contra la dignidad de la persona y a su paso vulnera el derecho de identidad donde en este último lo considera un delito penado con tres años de prisión y una multa de 5.000 euros; en cambio en países como la India, Ucrania permiten la maternidad subrogada, pero con ciertos requisitos como por ejemplo que, la gestación subrogada debe ser altruista y la gestante debe ser un familiar cercano.

### **Tercera**

La maternidad subrogada es una práctica que vulnera los derechos del niño objeto del contrato cuando no es tratada correctamente puesto que al niño es tratado como una mercancía mas no como un sujeto de derechos, por ende, se puede decir que esta práctica no busca lo mejor para las personas sino todo lo contrario, dado que el niño al no saber su identidad estática no podrá desarrollar su identidad dinámica pues no sabrá sus orígenes impidiéndole su libre desarrollo en base a una verdad que la hace suya.

La ausencia de Legislación provoca que las técnicas de reproducción humana asistida, ocasionen incertidumbre en las situaciones jurídicas respecto de la filiación



correspondiente a los padres y los hijos nacidos ya que es una práctica no regulada y a consecuencia de ello genera también una clandestinidad e impunidad,

#### **Cuarta**

De la revisión sistemática realizada considero que la maternidad subrogada en el Perú por ser una situación nueva debería de regularse con mucho cuidado, para no dejar a la deriva a los niños que son concebidos bajo esta práctica ya que el estado debe primar los derechos de los niños y garantizarlos.

sino que, por el contrario puesto que el interés superior del niño es superior al interés de los particulares, ajenos a la voluntad del menor, y al no regularse esta práctica se estaría viendo afectado el interés superior del niño ya que el estado no establece una normativa para proteger los derechos e interés del niño.

En casos de maternidad subrogada se está utilizando el interés superior del niño como una herramienta que usan los jueces para intentar suplir el vacío que existe, intentando remediar una situación jurídica que a todas luces va contra la dignidad del menor cuando no se toman las medidas correspondientes.

#### **Quinta**

La maternidad subrogada, genera que las personas puedan convertirse en padres, pero esto no implica que se trasgredan los derechos de los niños al recurrir a dicho método, ya que esta práctica interviene varias personas generando un conflicto jurídico a la hora de la filiación, provocando que el menor no tenga conocimiento de sus orígenes y vulnerándose su derecho de identidad. Para que esto no suceda debe haber una correcta regulación al respecto, así como la aplicación de una sanción para las personas que vulneren el derecho de identidad para que de esta manera los niños no se conviertan en objetos los cuales puedan ser vendidos, hablamos de un derecho de identidad cuando el niño conoce su origen biológico.

En los expedientes analizados se concluye que se está vulnerando el Interés Superior del Niño al no regular la práctica de la maternidad subrogada puesto que la finalidad de ese principio es garantizar su protección y su libre desarrollo pero al

no regularlo no cumple su fin por consiguiente son los menores quienes se ven afectados ante la ausencia de una regulación, asimismo también se vulnera su derecho de identidad al no conocer sus orígenes, esta es una práctica que abarca a más de una persona para lograr su fin, es decir el menor podrá tener tres madres y tres padres.

### **Sexta**

La práctica de la maternidad subrogada involucra varias ramas del derecho, en los cuales se tiene al derecho constitucional, derecho civil y derecho penal, generando así la complejidad de regularlo, por ende la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada, se debe dar en supuestos muy concretos. No obstante, esta permisión debería ir acompañada de una regulación exhaustiva y del cumplimiento de una serie de requisitos y condiciones. De ahí la cobertura de permitirla y generar un cambio en la legislación para garantizar el interés superior del niño.

## **RECOMENDACIONES**

Los entes jurisdiccionales (RENIEC, Poder Judicial, Tribunal Constitucional, etc.), deben buscar salidas eficientes acorde a nuestras normas internas. Por lo que se recomienda hacer un análisis exhaustivo de todas las normas jurídicas y aplicarlas en concordancia con los derechos fundamentales de las personas. Teniendo en cuenta las legislaciones de los demás países ya que son ellos los que cuentan con experiencia en estos temas de maternidad subrogada y en base a un análisis exhaustivo se establezca una normativa que vaya acorde con nuestra realidad,

Es necesario que se regule esta práctica puesto que los tiempos van cambiando y la realidad actual es otra y todo esto con el fin de evitar que existan problemas a futuro y que se siga dando de manera descontrolada y generando un perjuicio tanto a los niños como a las mujeres ya que va contra la dignidad de las personas.

Asimismo, al regularse la práctica de la maternidad subrogada es importante que se incorpore en el Código Penal, como un delito cuando se vulnere el derecho de los menores y estos sean tratados como mercancías es decir cuando los niños se les vulnere su derecho de identidad, dignidad y no conozcan su verdad biológica debido a que se dio la intervención de varias personas para llevar a cabo dicha práctica.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amado, (2017). *Maternidad Subrogada*.  
<http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/199.pdf>
- Anaya, S. (1997). *La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo*. <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.2>
- Avalos, C. (2017). *La Maternidad Subrogada y el Interés Superior Del Niño*, Tesis de la Universidad Técnica de Ambato Ecuador.
- Águila, G. (2007). *El ABC del Derecho Civil*. EGACAL.
- Asociación de la Academias de la Lengua Española. (2018). *Real Academia Española*. <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfe>.
- Bavio, (2010). *Maternidad subrogada. La regulación de la maternidad subrogada en los estados de Tabasco y Sinaloa: Comparativa con la prohibición de maternidad por sustitución del derecho español*. *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM Nueva Época*, 1(8), 19-35. <https://doi.org/10.22201/fder.26831783e.2018.8.66>
- Ballesté y Olave, (2015). *La maternidad subrogada en el Ecuador*. *Revista Científica Fomento de la investigación y publicación en Ciencias Administrativas, Económicas y Contables*, 6(1), 191-214. <https://doi.org/10.23857/fipcaec.v6i1.337>
- Ballesteros, L., & Aparisi, M. (2004). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*. EUNSA Ediciones Universidades de Navarra S.A.
- Beorlegui, (2014). *El consentimiento libre: La trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada*. *Revista Chilena de Derecho*, 46(2), 527-553. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000200527>

- Caño, 2007). *Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico-filosófico: Avance técnico, retroceso humano*. Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, 1(17), 62-80. <https://doi.org/10.4995/reinad.2019.11933>
- Código del Niño y Adolescente. (2001). *Ley que aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes*. <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf>.
- Código Penal Peruano. (2016). *Decreto Legislativo N° 635 - Código Penal*. [http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones\\_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/content/publicaciones_oficiales/img/CODIGOPENAL.pdf).
- Constitución Política del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (2006). *Convención sobre los Derechos del Niño - UNICEF*. <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- Delgado, S. (2019). *Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional*
- Diccionario de Asilo, (2008)
- Dobso Romo (2006). *Técnicas de maternidad subrogada y la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú*. [Tesis de pregrado, Universidad César Vallejo]. Repositorio Digital Institucional. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/11700>
- Fernández, S. (s/f). *Identidad Personal*.
- Freedman, (2014). *Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*. [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5\\_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B009\\_2018-2019\\_maternidad.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf)
- Fromm, E. (1967). *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea*. México D.F.: Fondo de cultura económica.
- Gamboa, C. (2010). *La maternidad subrogada y la impugnación judicial de paternidad en el Perú*. Pueblo Continente, 28(1), 201-206. <http://200.62.226.189/PuebloContinente/article/view/768>

- Gutiérrez, T. (2016). Maternidad Subrogada.
- Habermas (1996). *Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía*. Revista de Filosofía. <https://doi.org/10.5209/resf.5797>
- Hildara, (2017). *Derechos fundamentales: Y subrogación materna en México: la regulación en tabasco Sinaloa y ciudad de México*. UACJ Revista Especializada en Investigación Jurídica, 4(7), 167-187. <http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.8>
- Itziar, I., Farnós, E. (2009). *Anonimato del Donante y Derecho a Conocer*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5858044>.
- Junquera, E., De la Torre, F. (s.f.). *La reproducción medicamente asistida. Un estudio desde el derecho y desde la moral*.
- Junyent, B. (2016). *Fecundación asistida e identidad personal*. Astrea.
- (Las Velas, 2015). *La compensación económica resarcitoria en la proposición de ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación y su fiscalidad*. Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, (18), 60-68. <https://doi.org/10.4995/reinad.2020.13067>
- Congreso del Perú. (2016). Ley 26842, *Ley General de Salud*.
- López, C. (2019). *Así es un contrato de gestación subrogada*. <https://www.lavanguardia.com/vivo/lifestyle/20190705/463293445253/asi-es-contrato-gestacion-subrogada-vientre-alquiler.html>.
- López, (2015) *Inaplicación del Principio Mater Semper Certa Est en los casos de Útero Subrogado*. [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Digital. [https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1138/1/TL\\_VegaChilconSabinalsabel.pdf.pdf](https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1138/1/TL_VegaChilconSabinalsabel.pdf.pdf)
- Llompart y Aparisi Miralles, (2000). *La maternidad subrogada a través de tres películas*. Revista de Medicina y Cine, 16(2), 79-89. <https://doi.org/10.14201/rmc20201627785>
- Marinero, P. (2017). Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood. Journal of Medical Ethics, 26(5), 404–409. <https://doi.org/10.1136/JME.26.5.404>

- Marco, J. (2001). *Diez temas de la reproducción asistida*. Madrid: Ediciones Internacionales univerristarias.
- Marcó, J., Tarasco, M. (2001). *Diez temas de la reproducción asistida*. Ediciones Internacionales Universitarias.
- Marín, P. (2017). *Maternidad Subrogada*. Universidad Empresaria Siglo XXI. <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/14095/Marin%20C%20Patricia%20Lucia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Matorras, R. (2009). *Historia de la reproducción asistida*. Imago Concept C. <https://www.tahefertilidad.es/historia-de-la-reproduccion-asistida/>.
- Mella, (2017) La gestación por sustitución en el Reino Unido: Una oportunidad para el debate de su regulación en España. *Política y Sociedad*, 57(3), 887- 901. <https://doi.org/10.5209/poso.69840>
- Mercado Soto, M. (2019). *Vientre de alquiler versus el derecho a al identidad: Un problema no resuelto* [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3825/DER-L\\_023.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3825/DER-L_023.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Mestre, C. (2015). *Gestación subrogada a nivel internacional: ¿Dónde es legal?* <https://www.babygest.es/paises/#targetText=La%20gestaci%C3%B3n%20subrogada%20es%20legal,reproductiva%20est%C3%A1%20permitida%20para%20extranjeros>.
- (Moran, 2013). Derecho a la identidad personal, como resultado del libre desarrollo de la personalidad. *Ciencia Jurídica*, 7(14), 65-76. <http://www.cienciajuridica.ugto.mx/index.php/CJ/article/view/284/331>
- Núñez Medrano, E. (2016). *La Contratación de la Maternidad Subrogada en las Clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el año 2016*. [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/9899/Bustamante\\_GGM.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/9899/Bustamante_GGM.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- Rodríguez Gutiérrez, A. (2009). *Vientre de alquiler versus el derecho a la identidad: Un problema no resuelto*. [Tesis de pregrado, Universidad de Piura]. <https://cutt.ly/3mTiZIC>
- Santander, C. (2012) Características de las familias creadas por gestación subrogada en el Estado español. *Papeles del CEIC, International Journal*

on Collective Identity Research, (2), 1-27.  
<http://dx.doi.org/10.1387/pceic.18966>

Santamaría, (2000). El bienestar del menor por nacer: ¿un interés a ponderar en el acceso a las técnicas de reproducción asistida?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 930-959. [http://www.revista-aji.com/wpcontent/uploads/2020/09/31.\\_Virginia\\_M%C3%83%C2%BArtula\\_pp.\\_930-959.pdf](http://www.revista-aji.com/wpcontent/uploads/2020/09/31._Virginia_M%C3%83%C2%BArtula_pp._930-959.pdf)

Santamaría Solis, L. (2000), Hay que decir que sí a una regulación de gestación por sustitución. *Derecho Y Ciencias Sociales*, (18), 82-98.  
<https://doi.org/10.24215/18522971e026>

Sessarego, (1992) Derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú: Acceso a la técnica de reproducción asistida de maternidad subrogada. *Revista Foro Jurídico*, 1(14), 89-99.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13753>

Sokolich Alba, (2013) Técnicas de muestreo sobre una población a estudio. *Revista International Journal of Morphology*, 35(1), 227-232.  
<https://scielo.conicyt.cl/pdf/ijmorphol/v35n1/art37.pdf>

Varsi Rospigliosi, E. (1995), Aproximación al uso del coeficiente alfa de Cronbach. *Revista Colombiana de Psiquiatría*, 35(4), 572–580.  
<http://www.scielo.org.co/pdf/rcp/v34n4/v34n4a09.pdf>

Varsi, (2016) Surrogate Motherhood: Protecting the Best Interests of the Child in Light of Recent Case Law. *Peace Human Rights Governance*, 3(3), 307-331. <https://doi.org/10.14658/pupj-phrg-2019-3-2>

Varona Martínez, G. (2007) El derecho a la identidad y el Registro Nacional de Cedentes de gametos y embriones. *Persona y Familia: Revista del Instituto de la Familia*, 1(6), 123-144. <https://doi.org/10.33539/peryfa.2017.n6.473>

Valero Heredia, (2019) La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica – 2018. [Tesis de posgrado, Universidad Nacional de Huancavelica]. Repositorio Institucional. <http://repositorio.unh.edu.pe/handle/UNH/3190>



- Velásquez, (2015). Población y muestra. Revista Pueblo Continente, 30(1), 245-246.  
<http://journal.upao.edu.pe/PuebloContinente/article/view/1269/1099>
- Zavaleta Velarde, (2016), Determinación de la maternidad por técnicas de reproducción asistida. Actualidad Civil, 1(34), 164-166.
- (Zambrano, (2009). Implicancias de los contratos de maternidad subrogada sobre el derecho fundamental a la identidad del concebido por la técnica de 154 reproducción asistida de maternidad subrogada, Arequipa, 2017- 2018. [Tesis de posgrado, Universidad Católica de santa María]. Repositorio Institucional. <http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/9688>
- Corte Suprema de Justicia de la Republica Sala Civil Permanente de Lima. (2011). Sentencia del 6 de diciembre del 2011. Casación N.563-2011-Lima. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>
- Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima. (2017) Sentencia del 21 de febrero del 2017. Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. [https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe\\_.pdf](https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf)
- Décimo quinto Juzgado Especializado de Familia. (2019). Sentencia del 06 de enero del 2019. Expediente N° 183515-2006-0113. <http://www.articulacionfeminista.org/c/APP003/4/3/3/267>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2010). Sentencia recaída en el Expediente N° 05829-2009-PA/TC. Delia Consuelo Ibáñez Orellana contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. 23 de septiembre. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05829-2009-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2019). Sentencia recaída en el Expediente N.º 04937-2014-PHC/TC. N. I. B. P., representada por Angélica Reynoso Alviño contra la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de

Junin. 15 de enero. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/04937-2014-HC.pdf>

# ANEXOS

## Anexo 1

### MATRIZ DE CONSISTENCIA

Titulo	Formulación del problema	Objetivos	Hipótesis	Variable e indicadores	Diseño	Técnica e instrumentos de recolección de datos	Método de Análisis de datos
<p>La maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño.</p>	<p><b>Pregunta general:</b></p> <p>¿De qué manera la ausencia de regulación de la maternidad subrogada vulnera el derecho de identidad e interés superior del niño?</p> <p><b>Preguntas específicas:</b></p> <p><b>P1:</b> ¿Cuáles son los alcances doctrinarios sobre la maternidad subrogada en el derecho comparado?</p> <p><b>P2:</b> ¿De qué manera la</p>	<p><b>Objetivo general</b></p> <p>Analizar de qué manera la ausencia de regulación de la maternidad subrogada vulnera el derecho de identidad e interés superior del niño</p> <p><b>Objetivo específico:</b></p> <p><b>O1:</b> Describir los alcances doctrinarios acerca de la regulación de la maternidad subrogada en el derecho comparado</p> <p><b>O2:</b> Establecer de qué manera la ausencia de una regulación de la maternidad subrogada vulnera el derecho de identidad</p>	<p><b>Hipótesis general:</b></p> <p>La ausencia de la regulación de la Maternidad Subrogada vulnera el derecho de Identidad e interés superior del niño, por cuanto limita sus atributos de la Identidad del niño causándole una grave afectación a sus derechos fundamentales.</p> <p><b>Hipótesis específicas:</b></p> <p><b>H1:</b> En los alcances doctrinarios acerca de la regulación de la Maternidad Subrogada en el derecho comparado, en los países que permiten la regulación, se</p>	<p><b>Variable independiente</b></p> <p>Regulación de la maternidad subrogada.</p> <p><b>Indicadores</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Procedimientos de reproducción asistida</li> <li>• Tipos de maternidad subrogada</li> <li>• Modalidades de maternidad subrogada</li> <li>• Condiciones contractuales</li> </ul> <p><b>Variable dependiente:</b></p>	<p><b>Diseño de contrastación</b></p> <p>No experimental</p> <p><b>Muestra:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ CAS, N° 563-2011-Lima</li> <li>▪ Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05</li> <li>▪ Expediente N° 183515-2006-0113</li> <li>▪ Caso de la pareja chilena</li> <li>▪ Caso de Ricardo Moran</li> </ul>	<p><b>Análisis Documental</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Legislación Comparada.</li> <li>▪ Libros</li> <li>▪ Expedientes</li> </ul> <p><b>Fichaje de materiales escritos</b></p>	<p><b>Método</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Método Analítica</li> <li>▪ Inductivo</li> <li>▪ Exegético</li> <li>▪ Comparativo</li> <li>▪ Dogmático</li> <li>▪ Funcionalista</li> </ul> <p><b>Tipo de Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ <b>Por su finalidad:</b> Dogmática</li> <li>▪ <b>Por su técnica de contrastación:</b> Descriptiva</li> <li>▪ <b>Nivel de investigación</b> Descriptiva</li> </ul>

	<p>ausencia de la regulación de la maternidad subrogada vulnera el derecho de identidad?</p> <p><b>P3:</b> De qué manera la ausencia de la regulación de la maternidad subrogada vulnera el interés superior del niño</p>	<p><b>O3:</b> Determinar de qué manera la ausencia de la regulación de la maternidad subrogada vulnera el interés superior del niño</p>	<p>protege parcialmente los derechos de identidad e interés superior del niño.</p> <p><b>H2:</b> La ausencia de regulación de la Maternidad Subrogada, vulnera el derecho de Identidad cuando el menor desconoce su Identidad estática y por ende no podrá desarrollar su Identidad dinámica</p> <p><b>H3:</b> La ausencia de la regulación de la maternidad subrogada vulnera el Interés Superior del Niño al no garantizar su protección impidiéndole el libre desarrollo de su identidad, y el derecho de vivir en familia.</p>	<p>La vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño.</p> <p><b>indicadores</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>▪ El conflicto en la Filiación</li> <li>▪ Identidad estática</li> <li>▪ Identidad dinámica</li> <li>▪ Derecho al anonimato del donante</li> <li>▪ Voluntad pro creacional</li> <li>▪ Garantía de desarrollo y vida digna</li> <li>▪ Protección integral</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ EXP. N° 05829-2009-PA/TC</li> <li>▪ EXP. N.º 04937-2014-PHC/TC</li> </ul>		
--	---	---	--	--	--	--	--

## Anexo 2

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

**SENTENCIA**  
**CAS. N° 563-2011**  
**LIMA**

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

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

#### **1. MATERIA DEL RECURSO:**

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

#### **2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

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

#### **3. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que

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

**SENTENCIA  
CAS. N° 563-2011  
LIMA**

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

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

**TERCERO.-** Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: i) Por **demand**a de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto normativo a que se contrae el inciso "b)" del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente. **ii)** los demandados **contestan** la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en lo términos que allí constan; **iii)** tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió **sentencia** declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: **a)** con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; **b)** que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que *"las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento"*; **c)** que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; e) no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; iv) la Sala Superior **confirmó la sentencia** que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre -adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre -adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; d) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad



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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

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

**CUARTO.-** Que, la recurrente en su agravio denuncia: i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes<sup>1</sup>; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes<sup>2</sup>; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño,

**<sup>1</sup> Artículo 115.- Concepto.-**

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

**<sup>2</sup> Artículo 128.- Excepciones.-**

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

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

(...)

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; **iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil**<sup>3</sup>; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre-adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentado no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; **y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil**<sup>4</sup>; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.-----

**QUINTO.-** Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual *“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”*,

---

<sup>3</sup> **Artículo 378.- Para la adopción se requiere:**

1.- Que el adoptante goce de solvencia moral.

(...)

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

(...)

<sup>4</sup> **Artículo 381.-** La adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna.

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

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

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

**SÉTIMO.-** Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: "( . . . ) *el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier*

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

*medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...".-----*

**OCTAVO.-** Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: **i)** los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; **ii)** la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; **iii)** la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según constaba en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

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

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

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

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

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

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

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

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

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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)" (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal Nº 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte **que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve**, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil seiscientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su "vientre en alquiler" y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: *"debo manifestar que fueron por dos*



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

**SENTENCIA  
CAS. Nº 563-2011  
LIMA**

*motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de **mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia**".-----*

**DUODÉCIMO.-** Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es así justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los

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

**SENTENCIA  
CAS. N° 563-2011  
LIMA**

identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.-----

**4.- DECISIÓN:**

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

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

**b) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Pajomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

**SS.**

**DE VALDIVIA CANO**

**HUAMANI LLAMAS**

**PONCE DE MIER**

**VINATEA MEDINA**

**CASTAÑEDA SERRANO**

mar/fgp

## Anexo 3



# UPAO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas  
Creado por Ley N° 25168 del 04 - 01- 1990 (a 30 años de su creación)

"AÑO DEL BICENTENARIO DEL PERÚ: 200 AÑOS DE INDEPENDENCIA"  
Trujillo, 01 de octubre del 2021.

### RESOLUCIÓN N°1664-2021-FAC-DER-UPAO

**VISTA**, el acta remitida por los miembros del Comité de tesis de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, sobre aprobación del plan de tesis presentado por la Bachiller Srta. Yeymi Yadaly Reyes Reyes.

#### **CONSIDERANDO:**

Que, por Resolución de Decanato N°1028-2021-FAC-DER-UPAO se aprobó la opción elegida por la Bachiller Srta. Yeymi Yadaly Reyes Reyes consistente en presentación, sustentación y aprobación de tesis;

Que, la referida Bachiller ha presentado el plan de la tesis titulado "La maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño" proponiendo como profesor asesor a la Dra. Ángela María Rincón Martínez.

Que, el proyecto ha merecido su aprobación por el Comité de tesis; de conformidad con el Artículo 28° del Reglamento de grados y títulos, el señor Decano declara expedito a la Bachiller Srta. Yeymi Yadaly Reyes Reyes para la elaboración de la tesis, designando al profesor asesor;

Estando a las consideraciones expuestas y en uso de las atribuciones legales conferidas a este Despacho por las normas universitarias;

#### **SE RESUELVE:**

**Primero.- APROBAR** el plan de tesis "La maternidad subrogada y la vulneración al derecho de identidad e interés superior del niño" presentado por la Bachiller Srta. Yeymi Yadaly Reyes Reyes.

**Segundo.- DECLARAR** expedito a la referida Bachiller para elaborar la tesis contando con un mínimo de tiempo de 06 meses para la presentación de su tesis final y máximo de un año, designando a la Dra. Ángela María Rincón Martínez como profesor asesor.

**Tercero.- DISPONER** la inscripción del plan de tesis en el registro correspondiente.

**REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE y ARCHÍVESE.**



*[Firma]*  
Dr. VICTOR ENZO CHANDUM CORNEJO  
DECANO



*[Firma]*  
Ms. JESSE CATHERINE APRA DIAZ  
SECRETARIA ACADEMICA

C.c.:  
 Dra. Ángela María Rincón Martínez (Docente asesor)  
 Interesada.  
 Archivo.  
 WCCThreysal V.