

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA**

## **ESCUELA DE POSGRADO**



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y  
CIENCIAS POLÍTICAS**

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**

**TESIS:**

**LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR LA  
MATERNIDAD SUBROGADA Y GARANTIZAR LOS DERECHOS  
REPRODUCTIVOS DE LA MUJER INFERTIL**

Para optar el Grado Académico de

**DOCTOR EN CIENCIAS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Presentado por:

**M.Cs. LORENA QUITO CORONADO**

Asesora:

**Dra. MARIA ISABEL PIMENTEL TELLO**

Cajamarca, Perú

**2023**

### CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador: Lorena Guiso Coronado  
DNI: 41720612  
Escuela Profesional/Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,  
Mención: Derecho
2. Asesora:  
Dra. María Isabel Pimentel Tello
3. Grado académico o título profesional  
 Bachiller       Título profesional       Segunda especialidad  
 Maestro       Doctor
4. Tipo de Investigación:  
 Tesis       Trabajo de investigación       Trabajo de suficiencia profesional  
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:  
Los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada y garantizar los  
derechos reproductivos de la mujer infértil
6. Fecha de evaluación: 15/06/2024
7. Software antiplagio:  TURNITIN       URLLIND (ORIGINAL) (\*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 15%
9. Código Documento: 8117:894024955
10. Resultado de la Evaluación de Similitud  
 APROBADO       PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES O DESAPROBADO

Fecha Emisión: 15/06/2024

Firma y/o Sello  
Código Documento



Dra. María Isabel Pimentel Tello  
DNI: 22302229

\* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023

COPYRIGHT@ 2023 BY  
**LORENA QUITO CORONADO**  
Todos los Derechos Reservados



**Universidad Nacional de Cajamarca**  
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD  
**Escuela de Posgrado**  
CAJAMARCA - PERU



**PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS**  
**ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS**

**MENCIÓN: DERECHO**

Siendo las 18 horas, del día 06 de julio del año dos mil veintitrés, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JORGE LUIS SALAZAR SOPLAPUCO**, **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dra. ALONDRA ALBALEDY QUIROZ TIRADO** y en calidad de Asesora la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y el Reglamento del Programa de Doctorado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA Y GARANTIZAR LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS DE LA MUJER INFERTIL**; presentada por la Maestra en Ciencias, Mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos **LORENA QUITO CORONADO**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó aprobada con la calificación de Distinción (16) la mencionada Tesis; en tal virtud, la Maestra en Ciencias, Mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos **LORENA QUITO CORONADO**, está apta para recibir en ceremonia especial el Diploma que la acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención **DERECHO**.

Siendo las 19:30 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

  
.....  
**Dra. María Isabel Pimentel Tello**  
Asesora

  
.....  
**Dr. Jorge Luis Salazar Soplapuco**  
Presidente - Jurado Evaluador

  
.....  
**Dr. Joel Romero Mendoza**  
Jurado Evaluador

  
.....  
**Dra. Alondra Albaledy Quiroz Tirado**  
Jurado Evaluador

## **DEDICATORIA**

A mi esposo, hijos y a mis padres, quienes  
me inspiraron y me dieron la fuerza  
para lograr mis metas.

## **AGRADECIMIENTO**

Mis más sinceros agradecimientos: A Dios por bendecirme con la vida, por guiarme a lo largo de mi existencia, ser el apoyo y fortaleza en momentos de dificultad y debilidad; a mis padres: María Elvia y Casimiro por ser los principales promotores de mis sueños, por sus consejos, valores y principios que me han inculcado

## TABLA DE CONTENIDOS

|                      |     |
|----------------------|-----|
| DEDICATORIA.....     | v   |
| AGRADECIMIENTO ..... | vi  |
| RESUMEN .....        | x   |
| ABSTRACT.....        | xi  |
| INTRODUCCIÓN .....   | xii |

### CAPÍTULO I

#### ASPECTOS METODOLOGICOS

|   |    |
|---|----|
| 1.1. El problema de investigación.....              | 1  |
| 1.2. Justificación .....                            | 11 |
| 1.3. Ámbito de la investigación .....               | 12 |
| 1.4. Tipos de investigación .....                   | 12 |
| 1.5. Hipótesis.....                                 | 14 |
| 1.6. Objetivos.....                                 | 14 |
| 1.7. Métodos de investigación .....                 | 15 |
| 1.8. Técnicas e instrumentos de investigación ..... | 17 |
| 1.9. Estado de la cuestión .....                    | 17 |
| 1.10. Aspectos operacionales .....                  | 21 |

### CAPÍTULO II

#### MARCO TEÓRICO

|   |    |
|---|----|
| 2.1 Marco iusfilosófico .....                                       | 27 |
| 2.2 El Estado constitucional de Derecho .....                       | 30 |
| 2.2.1. Antecedentes históricos del Estado constitucional de Derecho | 33 |
| 2.3 Teoría de los derechos fundamentales .....                      | 45 |
| 2.3.1. Derecho a la dignidad .....                                  | 48 |
| 2.3.2. Derecho a formar una familia.....                            | 58 |
| 2.3.3. Derecho a la salud .....                                     | 64 |
| 2.3.4. Derechos sexuales y reproductivos .....                      | 69 |
| 2.4 Maternidad subrogada.....                                       | 77 |
| 2.4.1. Antecedentes .....   | 77 |

|        |  |    |
|--------|--|----|
| 2.4.2. | Definición .....   | 78 |
| 2.4.3. | Marco normativo internacional.....   | 81 |
| 2.4.4. | La maternidad subrogada como una forma de garantizar la formación de una familia ..... | 89 |
| 2.5    | Acto jurídico .....  | 91 |

### **CAPÍTULO III CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS**

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 3.1.   | Contribución del marco iusfilosófico.....  | 97  |
| 3.2.   | Los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de que garantice los derechos reproductivos de las mujeres infértiles..... | 100 |
| 3.2.1. | Tutelar la dignidad de la mujer infértil .....   | 100 |
| 3.2.2. | Proteger la plena vigencia de los derechos humanos como deber del Estado peruano .....   | 104 |
|        | A. Derecho a la familia.....   | 108 |
|        | B. La maternidad subrogada como forma una forma de garantizar la formación de una familia .....  | 110 |
| 3.2.3. | La protección constitucional del derecho a la salud de la mujer infértil .....   | 115 |
|        | A. La protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil .....  | 117 |
| 3.3.   | Análisis y discusión de resultados.....  | 121 |

### **CAPÍTULO IV**

|  |                           |     |
|--|---------------------------|-----|
|  | Propuesta normativa ..... | 125 |
|  | CONCLUSIONES .....        | 131 |
|  | RECOMENDACIONES .....     | 134 |
|  | LISTA DE REFERENCIAS..... | 135 |
|  | ANEXOS.....               | 142 |

## LISTA DE ABREVIATURAS

**ADN:** Es el material que contiene la información hereditaria en los humanos

**CC:** Código Civil

**CSJ:** Corte Suprema de Justicia

**CP:** Constitución Política

**CIPD:** Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo

**DSYR:** Derechos sexuales y reproductivos

**LGA:** Ley General de Salud, Ley N.º 26842

**MINSA:** Ministerio de Salud del Perú

**OMS:** Organización Mundial de la Salud.

**ONU:** Organización de las Naciones Unidas

**RENIEC:** Registro Nacional de Identificación y Estado Civil

**RENATI:** Registro Nacional de Trabajos de Investigación

**TPCNA:** Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

**TC:** Tribunal Constitucional

**TERAS, TERMA, TRHA:** Técnicas de reproducción humana asistida.

**TEDH:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos

**CEDAW:** La Convención Para la Eliminación de Toda forma de Discriminación  
contra la Mujer

## RESUMEN

La presente tesis ha sido abordada con base en la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil? Por ende, se puede afirmar que los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de que se garanticen los derechos reproductivos de las mujeres infértiles serían tutelar la dignidad de la mujer infértil, proteger la plena vigencia de los derechos humanos como deber del Estado Peruano y la protección constitucional del Derecho a la familia y el acceso del Derecho a la salud de la mujer infértil. Adicional a ello también se puede considerar a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil y cómo la técnica de maternidad subrogada garantizaría la formación de una familia. De cara a ello, nuestra CARTA MAGNA contempla dichos fundamentos en el artículo 1, donde se señala que el respeto de la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado, en su artículo 44 se consiga que uno de los deberes primordiales del Estado es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, en el artículo 4 se protege a la familia y en el artículo 7 se señala que todos tienen derecho a la protección de su salud y, dentro de ello, también los derechos sexuales y reproductivos, que para el presente caso sería de la mujer infértil; además, como una manera de formar una familia se tendría a la técnica de maternidad subrogada. Finalmente se diseñó una propuesta legislativa para modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, mecanismo jurídico idóneo que permite hacer frente a la problemática antes mostrada.

**Palabras clave:** maternidad subrogada, vulneración de derechos, fundamentos jurídicos.

## **ABSTRACT**

*This thesis has been addressed following the following question: What are the legal foundations to regulate surrogate motherhood in the Peruvian legal system, in order to guarantee the reproductive rights of infertile women? Therefore, it can be stated that the legal foundations to regulate surrogate motherhood in the Peruvian legal system, which guarantees the reproductive rights of infertile women would be; protect the dignity of infertile women, protect the full validity of human rights as a duty of the Peruvian State and the constitutional protection of the Right to family and access to the Right to health of infertile women. In addition to this, the sexual and reproductive rights of infertile women can also be considered and how surrogate motherhood would guarantee the formation of a family. Faced with this, it is our Magna Carta that contemplates these foundations in article 1 it is indicated that respect for the dignity of the person is the supreme goal of society and the State, in its article 44 it is achieved that one of the duties of the State is to guarantee the full validity of human rights, in article 4 the family is protected and in article 7 it is stated that everyone has the right to the protection of their health and within it also the sexual and reproductive rights that for the present case it would be of the infertile woman, in addition as a way to form a family there would be the technique of surrogate motherhood, finally a legislative proposal was designed to modify article 7 of the General Health Law, an ideal legal mechanism that allows deal with the problems shown above, given the tacit prohibition that is given in said article.*

**keywords:** *surrogate motherhood, violation of rights, legal foundations.*

## INTRODUCCIÓN

Los derechos fundamentales de las personas han sido objeto de especial atención por parte de los Estados, con el objetivo de proporcionarles una tutela adecuada y garantizar su plena vigencia efectiva. Estos derechos son considerados inherentes a la persona, lo que subraya su importancia y la necesidad de asegurar su respeto y protección. Es por ello, que en la presente tesis se sustentarán los fundamentos jurídicos que deberían regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y, de esta forma, garantizar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles. Dicha problemática indirectamente se relaciona con el interés superior del niño y el adolescente, principio que guarda una estrecha relación con el artículo 4 de nuestra Constitución Política que señala que la comunidad y el Estado protegen a la familia.

Por otro lado, La Ley N.º 26842, Ley General de Salud, en su artículo 7 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 que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. De dicho artículo se puede inferir que existe una prohibición tácita para la técnica de maternidad subrogada, porque mediante esta no necesariamente la madre genética y madre gestante serán la misma persona. Adicional a ello, nuestro Código Civil se sustenta en la concepción clásica romanista: *Mater semper certa est*, según la cual la mujer que gesta es la madre de la criatura que alumbró y, tal como se afirmó anteriormente, no necesariamente va a suceder esto con la maternidad subrogada.

En ese sentido, no se puede dejar de mencionar a la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en 2011 (Casación N.º 563-2011-Lima), la cual fue la primera resolución en nuestro ordenamiento jurídico peruano que abordaría el tema de maternidad subrogada, además de aspectos referidos a la filiación del menor en concordancia con el principio de interés superior del niño. Dentro del ámbito internacional no existe un consenso sobre el tratamiento jurídico del tema, conforme a Eleonora Lamm (2012), en el Derecho comparado se distinguen tres posturas, la primera es la prohibición de la gestación por sustitución, la segunda postura la admite solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones, y la tercera postura refiere a la admisión amplia.

El tema de la maternidad subrogada es una práctica real en el Perú; sin embargo, hasta la actualidad no se encuentra definido el marco legal de dicha materia, lo que trae como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales. En definitiva, el alquiler de vientre o maternidad subrogada debería estar regulado porque, caso contrario, se seguirán vulnerando los derechos fundamentales de las personas, entre ellos los derechos reproductivos de la mujer infértil y, como consecuencia de ello, el derecho a formar una familia.

En la presente tesis se pretende resolver dicha problemática, señalando cuáles deberían ser los fundamentos jurídicos para regular el tema de maternidad subrogada, con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Aunado a ello, se va a realizar una propuesta legislativa para modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, lo que nos ha conducido a desarrollar la presente investigación por capítulos, en

los cuales de manera clara y sencilla se explica la problemática, los objetivos de la investigación, su regulación y el planteamiento de posibles soluciones.

En ese sentido, en el Capítulo I se abordan los aspectos metodológicos de la presente tesis, como la forma concreta de la problemática, estableciendo la hipótesis a responder y los objetivos. Seguidamente, en el Capítulo II desarrollamos el marco iusfilosófico, el Estado Constitucional de Derecho, la teoría de los derechos fundamentales y la maternidad subrogada como una forma de garantizar la formación de una familia.

En el Capítulo III se desarrollan los fundamentos jurídicos a tener en cuenta para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil. Finalmente, el Capítulo IV abarca la propuesta legislativa como posible solución ante la problemática planteada en la presente investigación.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS METODOLÓGICOS**

#### **1.1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

##### **1.1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Nuestra investigación se sustenta en los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de que se garanticen los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, dicho problema tiene una estrecha relación con algunas normas nacionales, y de manera indirecta con sujeción al 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.

Asimismo, dicho principio guarda relación con el artículo 4 de nuestra Constitución Política que señala: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono, también protegen a la familia”. Por su parte, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia expedida en el Expediente N.º 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances de dicho principio, en su fundamento trece, interpreta el deber especial de protección de los derechos del niño que vincula no solo a las entidades estatales y públicas, sino también a las entidades privadas e incluso a

la sociedad. Aunado a ello, cuenta con una legislación supranacional como, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos que, esta última, en su artículo 25, inciso 2, reconoce el principio de protección especial al señalar: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Dentro de este contexto, la procreación humana vendría ser ese proceso libre y natural entre un hombre y una mujer, quienes en unión coital conciben y traen al mundo a un nuevo ser sin la presencia de terceros a esa relación marital de convivencia o de pareja. No obstante, no todos pueden generar vida humana, es decir, un embarazo normal, ya que existen diversos problemas que impiden a las personas convertirse en madres o padres, como es el caso de la infertilidad. Es por ello que recurren a las técnicas de reproducción humana asistida, a las que se les denomina comúnmente como TERAS (técnicas de reproducción asistida). Al ser la maternidad subrogada una técnica que permite la participación de varios sujetos es difícil determinar quién de ellos cumple el *status* de padre o de madre del menor, inclusive las instituciones como la RENIEC y el Ministerio de Salud del Perú no cuentan con un procedimiento para el reconocimiento del recién nacido por esta técnica. Al respecto, Arévalo (2022) afirma:

La maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida puede presentar al menos tres distintos escenarios: Aquel en que la mujer llevará a cabo el embarazo, recibiendo la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo de la madre de intención; El de la mujer que desarrollará el embarazo

habiendo aportado además el óvulo; El caso en que la que mujer que llevará a cabo el embarazo recibirá la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo donado por una tercera mujer. (p. 90)

Es en ese sentido, la maternidad subrogada se revela como una figura sumamente compleja que suscita no solo diversos planteamientos jurídicos, sino también cuestionamientos éticos que se contraponen a normativas arraigadas desde hace varios siglos. En ese contexto histórico, resulta impensable que una mujer pudiera llevar a cabo la gestación de un bebe por encargo de otra mujer, utilizando su material genético o incluso los óvulos de una tercera persona. Por lo tanto, nos enfrentamos a la imperante necesidad de desarrollar una normativa suficiente que aborde esta realidad de manera integral, proporcionando no solo seguridad jurídica, sino también la protección del principio de interés superior del niño, así como el derecho a formar una familia, el derecho a la salud y, para la presente investigación, los derechos reproductivos de la mujer infértil. Es en ese sentido, la presente investigación se avocará únicamente a la TERA de maternidad subrogada de mujeres infértiles, siguiendo los tres escenarios descritos anteriormente.

El tema de la maternidad subrogada es una práctica real en el Perú, que ha sido puesta en evidencia, principalmente, a través de fuentes periodísticas (Canessa, 2011). Por ejemplo, en 2006 un canal de televisión española difundió un reportaje sobre profesionales médicos que se contactaban vía internet con parejas interesadas en concebir un hijo, ofreciéndoles el servicio de maternidad subrogada (Diario La República, 2006). Aunado a ello, en agosto de 2018 una pareja de

chilenos fue detenida por presunta trata de personas, a pesar de que la mujer que llevo el embarazo subrogado negó que sean sus hijos. Otra noticia relacionada con el tema de maternidad subrogada fue la que se publicó en el diario *El Comercio* el 22 de junio de 2014, donde peruanas ofrecían alquilar su vientre a cambio de una prestación económica vía internet. Sin embargo, hasta la actualidad no se encuentra definido el marco legal de dicha materia, lo que trae como consecuencia la vulneración de derechos fundamentales.

Ahora bien, en el Perú, dada la ausencia de un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ya sea para declararla nula o para admitirla, se presenta un vacío legal que demanda una pronta y cuidadosa consideración por parte del Estado peruano, ya que este afronta dicha situación de manera implícita con la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, la cual en su artículo 7 establece:

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

Al respecto, ha existido una discusión doctrinaria sobre los alcances del artículo 7 en lo referente a la maternidad subrogada y la ovodonación, tema que ha sido resuelto en la Casación N.º 4323-2010, Lima (11 de agosto) de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, que ha dejado determinado que el artículo 7 de la Ley General de Salud no prohíbe la ovodonación y se trata de un vacío normativo. Este fallo

responde a un caso en el que una mujer decidió utilizar los espermatozoides criopreservados de su expareja para realizar una fecundación *in vitro* con óvulo de donante, llevar a cabo la gestación y convertirse, de esta manera, en madre de una niña.

Asimismo, también la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 2011, Casación N.º 563-2011, Lima, vendría a ser la primera resolución de este órgano en relación con el tema de maternidad subrogada, la cual se sustenta en el derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad; además, se definieron aspectos referidos a la determinación de la filiación del menor en concordancia con el principio de interés superior del niño. Asimismo, se cuenta con el Expediente Judicial N.º 183515-2006-00113, que versa sobre la impugnación de maternidad de una niña procreada por subrogación materna. El Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima resolvió declarando fundada la demanda de impugnación de maternidad y declaró que la niña es hija de la demandante, la misma que tiene la calidad de madre de la citada niña. Dicho juzgado resolvió el caso a tenor de lo dispuesto en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución Política del Estado, que regula el principio de reserva, en virtud del cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. Entonces, se puede concluir que los jueces interpretan el artículo 7 de la Ley General de Salud como una norma que regula el derecho de las personas a utilizar las TERAS para enfrentar su infertilidad.

Otro caso está contenido en la sentencia de fecha 21 de febrero de 2017, en el Expediente judicial N°. 6374-2016-0-1801-JR-CI-05. Es una demanda de amparo contra RENIEC por dos menores concebidos por maternidad subrogada con óvulos donados anónimamente que tienen en su partida de nacimiento como madre y padre a personas distintas a Francisco y Aurora, quienes a través de la maternidad subrogada pretendían ser padres. Los jueces resolvieron declarar fundada la demanda de amparo, anularon las resoluciones registrales y ordenaron que RENIEC emita nuevas partidas de nacimiento de los menores y se registre a Francisco y Aurora como sus padres.

Al respecto, Jiménez (2010) señala que nuestro Código Civil “en materia de filiación se encuentra desfasado, porque se sustenta en la concepción clásica romanista: *Mater semper certa est* (la madre siempre es conocida), según la cual la mujer que gesta es la madre de la criatura que alumbró” (p. 356). Como contrapartida a ello, se tiene el anteproyecto de reforma del Código Civil peruano, que en su Libro III – Derecho de familia, capítulo tercero, introduce la filiación por reproducción médicamente asistida. Se puede decir que dicho capítulo realmente constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, ya que está reconociendo la práctica de las técnicas de procreación médicamente asistida (TERMA). Además, porque permite el ejercicio del derecho a la reproducción, conocido también como derechos sexuales. Con la finalidad de preservar la dignidad humana y los derechos de los sujetos concebidos y nacidos mediante las TERMA, expresamente se prohíbe hacer cualquier referencia en el documento

de identidad o en el Registro del Estado Civil acerca de la forma de cómo se realizó la concepción, ni de la clase de TERMA empleada.

Otro punto, a resaltar sería la determinación de filiación, ya sea que acudan a esta técnica personas casadas o solteras, lo que se tiene en cuenta es la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, teniendo en cuenta también el interés superior del niño o el principio de identidad genética, criterios que no son excluyentes entre sí. Finalmente, señalan que los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial, es decir, que las personas que acudan a esta técnica tendrán que ser con una finalidad altruista.

Por otro lado, dentro del ámbito internacional doctrinariamente no existe un consenso sobre el tratamiento jurídico al tema de maternidad subrogada o gestación por sustitución (Sanchez, 2010). Como lo señala, Lamm (2012), en el Derecho comparado se distinguen tres posturas sobre dicha materia, las cuales son: i) la primera es la prohibición de la gestación por sustitución, el marco legal de los países que la prohíbe declara nulos los acuerdos de gestación por sustitución como son, por ejemplo, Francia, Alemania, Suiza, Italia, entre otros; ii) la segunda postura la admite solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones como, por ejemplo, en aquellos casos que no impliquen intercambios comerciales, es decir, solo en situaciones con fine altruistas; y iii) la tercera postura es de admisión amplia, los países que mantienen esta postura consideran a la maternidad subrogada como una práctica legal, entre ellos destacan Georgia, Ucrania, India,

Rusia, entre otros. Por ende, el tema de maternidad subrogada no es unánime en la legislación internacional, pero no obstante ello se encuentra regulada.

En lo que respecta a la jurisprudencia internacional encontramos al caso *Artavia vs. Costa Rica*, de especial relevancia para la presente investigación, ya que se aborda el tema del uso de las TERAS, el cual tiene su origen en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano costarricense contra el Decreto Supremo N.º 24029-95, que regulaba la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones<sup>1</sup>. Como consecuencia de la sentencia emitida por la Corte Constitucional de Costa Rica, donde se declaró inconstitucional el uso de las TERAS, nueve parejas demandaron internacionalmente al Estado de San José de Costa Rica debido a que la sentencia acotada afectaba su derecho a la integridad personal, libertad y vida personales y familiar, aunado al daño moral ocasionado. Finalmente, la Corte Interamericana falló a favor de los demandantes partiendo de que el derecho a tener hijos biológicos a través del acceso a las TERAS forma parte del ámbito (o contenido) de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar, además del libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia.

---

<sup>1</sup> Dicha acción iba dirigida en especial contra los siguientes artículos:

Artículo 9.- En casos de fertilización *in vitro*, queda absolutamente prohibida la fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento.

Artículo 10.- Todos los óvulos fertilizados en un ciclo de tratamiento, deberán ser transferidos a la cavidad uterina de la paciente, quedando absolutamente prohibido desechar o eliminar embriones, o preservarlos para transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. y siguientes

Otros casos serían los *Menesson vs. Francia* (Rec. 65192/2011) y *Labassee vs. Francia* (Rec. 65941/2011), en ambos casos los padres de intención no tenían posibilidad alguna de obtener en Francia, por ninguna vía, el reconocimiento de la filiación que se había establecido a su favor conforme a una legislación extranjera, es por ello que recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual señaló que para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar, se presupone la existencia de una familia, pudiendo ser los vínculos familiares de facto; algo que a juicio del TEDH se cumple a todas luces en los asuntos *Menesson* y *Labassee*<sup>2</sup>. Asimismo, señaló que “el derecho a la identidad, que incluye la filiación, forma parte integral del derecho a la vida privada”, y aprecia la existencia de una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación”<sup>3</sup>.

Por otro lado, íntimamente ligado al tema se tiene el de la paternidad, término que es utilizado para referirse a la persona masculina que brinda cuidado, sostén y protección a un menor de edad con el cual mantiene un vínculo parental y afectivo. Cabe destacar también que el padre cumple funciones vitales en el crecimiento saludable de los hijos. Por su parte, Barudy y Dantagman (2010) definen a la paternidad del siguiente modo: “la paternidad como una forma de referirse a las habilidades prácticas de los padres de cuidar y velar por sus hijos

---

<sup>2</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 45 y Caso *Labassee vs. France*, punto 37.

<sup>3</sup> STEDH, de 26 de junio de 2014, Caso *Menesson vs. France*, punto 46 y Caso *Labassee vs. France*, punto 38.

garantizándoles un crecimiento sano” (p. 34). Por ello, la paternidad es un conjunto de capacidades de los padres para mantener sanos y seguros a sus hijos. Vale aclarar que el propósito de la presente investigación no es ahondar en la paternidad, sino que la investigación se centra en determinar cuáles serían los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada y garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil en el ordenamiento jurídico peruano.

En definitiva, la maternidad subrogada debería estar regulada en nuestro ordenamiento jurídico peruano, porque caso contrario se estaría vulnerando derechos fundamentales de las personas, entre ellos, por ejemplo, el derecho a la identidad, el derecho a una familia, el principio de interés del niño y adolescente, el derecho a la salud, los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, entre otros.

Dentro de este contexto, la presente investigación resolverá una laguna, pero ¿qué se entiende por este término? Se dice que existe una laguna en la ley cuando no existe una disposición legal expresamente aplicable, cuando se trata de resolver un litigio jurídico con arreglo a un determinado Derecho positivo, pero este no contiene regulación sobre el tema; es en ese sentido que al existir un vacío legal respecto de la regulación de la maternidad subrogada el objetivo es plantear una propuesta legislativa para regularla.

### **1.1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil?

### **1.2. JUSTIFICACIÓN**

La presente tesis tiene como propósito determinar cuáles son los principales fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, para que este grupo de personas se sientan parte de una sociedad democrática de derecho, para lo cual el Estado peruano, a través de los órganos competentes, debería crear el ordenamiento jurídico y de esta manera garantizar dichos derechos, ya que la persona humana debe ser el centro de todas las decisiones políticas, económicas y sociales. Por ello, todo en la vida social y en la acción política debe responder al reconocimiento y la realización de la dignidad de cada persona de manera individual y colectiva. La promoción de la dignidad humana adquiere una relevancia significativa a través de la defensa de los derechos humanos, los cuales no son concesiones, sino reconocimientos inherentes.

Aunado a lo anteriormente dicho, también se garantizaría los derechos conexos como a la identidad del menor, a la salud, proyecto de vida, entre otros. Además, la conveniencia de este estudio radica no solo en la determinación de los lineamientos esenciales para regular la maternidad subrogada y garantizar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles,

sino también en su relevancia social al proporcionar una comprensión más profunda de la realidad de nuestro país. Aunado a ello, posee un valor teórico, ya que esta tesis contribuirá a llenar posibles lagunas en el conocimiento, permitiéndonos enriquecer nuestra comprensión en torno al tema de la maternidad subrogada con el objetivo de salvaguardar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

### **1.3. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.3.1. Espacial**

En cuanto a la delimitación espacial, según las evidencias fácticas, la presente investigación será desarrollada con base en todo el territorio peruano.

#### **1.3.2. Temporal**

En la presente investigación no hay ámbito temporal.

### **1.4. TIPOS DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.4.1. De acuerdo con el fin que se persigue**

##### **A. Básica**

Porque está orientada a la investigación de conocimientos fundamentales para el desarrollo de una ciencia y su teoría, ya que con este tipo de investigación se pretende resolver un problema; además, debido a que se manejarán conceptos y doctrina nacional y comparada, a fin de describir la realidad jurídica sobre los derechos de reproducción de la mujer infértil; asimismo, se hará una propuesta cuya aplicación contribuirá a la parte académica.

## **1.4.2. De acuerdo con el diseño de la investigación**

### **A. Explicativa**

Se pretende explicar y encontrar las razones que justifican la necesidad de determinar los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano y que garantice los derechos reproductivos de la mujer infértil.

### **B. Propositiva**

Se trata de la creación de una propuesta o modelo destinado a abordar un problema fundamental. Su objetivo principal es responder a interrogantes sobre eventos hipotéticos que puedan surgir en el futuro (de ahí su nombre) o incluso en el pasado, basándose en datos actuales. En la presente tesis se elaborará una propuesta legislativa para modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud y así garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil.

## **1.4.3. De acuerdo con los métodos y procedimientos que se utilizan**

### **A. Cualitativa**

Cuando se habla de investigaciones cualitativas, como en la presente tesis, nos estamos refiriendo al tipo de procedimientos de recopilación de información. Todo método cualitativo recoge discursos completos sobre un tema específico, para luego proceder a su interpretación. Por tanto, en la presente tesis se va a recopilar información acerca de los derechos reproductivos de la mujer infértil y cómo el Estado peruano debe garantizar dicho derecho.

## **1.5. HIPÓTESIS**

Los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, que garantice los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, son:

- A.** Tutelar la dignidad de la mujer infértil.
- B.** Proteger la plena vigencia de los derechos humanos como deber del Estado peruano.
- C.** La protección constitucional del derecho a la familia y el acceso del derecho a la salud de la mujer infértil.

## **1.6. OBJETIVOS**

### **1.6.1. Generales**

Determinar los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, que garantice los derechos reproductivos de las mujeres infértiles

### **1.6.2. Específicos**

- A.** Analizar cómo la Constitución Política del Perú protege el derecho a la familia y el acceso del derecho a la salud de la mujer infértil.
- B.** Analizar los alcances de la dignidad de la mujer infértil en el Perú.
- C.** Explicar el deber del Estado peruano en garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.
- D.** Diseñar una propuesta legislativa para modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud.

## **1.7. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.7.1. Métodos genéricos**

#### **A. Analítico-sintético**

En la presente investigación se utilizó el análisis, ya que hay un proceso mental, el cual nos ayudó en la desmembración de un todo para describir los componentes de la realidad y el vacío que existe en el ordenamiento jurídico para abordar el tema de los derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú, y así finalmente concluir en una descripción general del problema.

#### **B. Inductivo-deductivo**

El método deductivo consiste en extraer una conclusión con base en una premisa o a una serie de proposiciones que se asumen como verdaderas. Mediante este método se parte desde lo general (como leyes o principios) hacia lo particular (la realidad de un caso concreto). Por lo que en la presente investigación se partió de los derechos y principios contenidos en nuestra Constitución Política, a fin de poder garantizarlos.

#### **C. Dialéctico**

Este método se puede describir como el arte del diálogo. Un debate en el que hay un contraste de ideas como es el caso de los derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú, en donde se busca defender una posición, porque la sociedad está en un constante cambio y, por tanto, el derecho también tiene que

cambiar. Es, al mismo tiempo, una discusión donde se puede discernir y defender claramente los conceptos involucrados.

### **1.7.2. Métodos específicos del Derecho**

#### **A. Dogmático**

Propone estudiar el ordenamiento jurídico para conocerlo, transmitir ese conocimiento, utilizarlo, optimizarlo y mejorarlo, que es lo que se pretende en la presente tesis. Asimismo, dicho método también hace referencia a realizar una propuesta de reforma, modificaciones o creación de bases jurídicas y fundamentos normativos. Es por ello que en la presente investigación se elaboró una propuesta y las medidas necesarias para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil.

#### **B. Hermenéutico**

Para los efectos de conocer los alcances de las normas y/o teorías relacionadas al tema de estudio, para lo cual se utilizará los diversos métodos de interpretación admitidos como el literal, el análisis comparado y el histórico.

#### **C. Argumentación jurídica**

Se fundamenta principalmente en articular razones que objetivamente justifiquen una postura frente a cuestiones jurídicas disputadas. Además, comprende el debate civil, la conversación y la persuasión se preocupa por llegar a conclusiones a través del razonamiento

lógico basado en premisas. La presente investigación busca determinar cuáles vendrían a ser los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada y garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil, es decir, busca articular esas razones para que, finalmente, dicho tema sea normado en un determinado ordenamiento jurídico.

## **1.8. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.8.1 Recolección de datos - análisis documental**

Es una actividad donde se agrupa o se recoge información importante sobre un tema determinado; por lo general, esta actividad tiene como objetivo aportar conocimientos necesarios para el desarrollo de un trabajo o una investigación, para posteriormente realizar un proceso de interpretación y análisis de la información de los documentos y luego sintetizarlo. A través de esta técnica se recolectaron datos de fuentes secundarias como libros, boletines, revistas, folletos y periódicos.

El instrumento que se acostumbra a utilizar es la ficha de registro de datos (ficha bibliográfica, hemerográfica y de trabajo).

## **1.9. ESTADO DE LA CUESTIÓN**

Dentro de los antecedentes de la presente investigación existen diferentes tesis que abordan el tema, pero con un enfoque diferente; conforme a la búsqueda en el RENATI se tiene las siguientes:

- a) La tesis titulada “El contrato de maternidad subrogada para parejas heterosexuales y su necesaria regulación en el Perú”, Cusco 2020, presentada por Deysi Navarro Linares y Tony Raúl Sihuín Fernández. Esta tesis desarrolla el tema de la maternidad subrogada y busca su regulación en nuestro país, a fin de que las parejas puedan acudir a ella sin impedimento alguno y sin cometer delito. Además, aborda el tema desde la problemática por la cual las parejas que no pueden concebir sus propios hijos recurren al tratamiento de fertilización *in vitro*, ya que mediante esta técnica se puede realizar la maternidad subrogada con el único objetivo de ser padres, es por ello que buscan que se regule la maternidad subrogada sin ningún impedimento y sin cometer un delito. En cambio, mi tesis busca regular la maternidad subrogada, pero para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil (soltera o casada), porque con ello también se estaría tutelando el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad (para el presente caso el anhelo de ser madre).
- b) La tesis titulada “La regulación de la maternidad subrogada en la legislación civil peruana”, Lima 2019, presentada por Rosa Gardelia Del Aguila Perales, desarrolla el tema realizando un análisis de diferentes fuentes nacionales e internacionales, con la finalidad de llegar a obtener la evaluación de la necesidad de regular la maternidad subrogada en la legislación nacional (por la afectación de algunos derechos como el principio de interés superior del niño, el derecho a la salud con respecto a la salud reproductiva, entre otros).

Por el contrario, mi tesis aborda el derecho a la salud reproductiva, pero de la mujer infértil, es decir, el acceso a los establecimientos de salud.

- c) La tesis titulada “Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada Dentro de Nuestro Ordenamiento Legal Peruano”, Arequipa 2017, presentada por Janellyn Myra Tejada Tejada, tiene como tema central el empleo de técnicas de reproducción humana asistida. Además, señala que el Código Civil no establece con claridad aspectos legales sobre la maternidad subrogada. Ante ello, la autora considera necesario cubrir el vacío legal sobre la maternidad subrogada en nuestro país con la finalidad de evitar conflictos jurídicos sociales. Es por ello que propone un proyecto de ley con el fin de contribuir a la normatividad legal sobre la maternidad subrogada, donde pueda existir una regulación jurídica clara y precisa que conlleve a la seguridad jurídica sobre esta materia.

En cambio, la presente tesis no tiene como tema central el empleo de técnicas de reproducción humana asistida, sino que esta es vista como el medio por el cual la mujer infértil (garantizando sus derechos reproductivos) puede llegar a ser madre.

- d) La tesis titulada “La legalización de la maternidad subrogada en el Perú, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer Infértil”, Lima 2017, presentada por Betsy Labán Cruz, aborda el tema de la maternidad subrogada en el Perú y parte de la interrogante de si debe regularse la maternidad subrogada para garantizar los derechos reproductivos de las mujeres que sufren problemas de infertilidad. Es por ello por lo que aborda la técnica de la maternidad subrogada como una posibilidad para aquellas

parejas que desean procrear de manera natural, pero no pueden hacerlo debido a que la mujer sufre problemas de infertilidad. Además, aborda el tema de la maternidad subrogada en el Perú a partir de sus antecedentes, marco conceptual, marco normativo y la jurisprudencia nacional, entre otros.

Por el contrario, la tesis aborda la problemática de las mujeres infértiles (solteras o casadas) que deseando ser madres no lo pueden ser debido a problemas de infertilidad. Siendo la técnica de la maternidad subrogada la única posibilidad de poder lograr ello, esto debido a que se encuentra prohibida de manera tácita en la Ley General de Salud, de forma específica en el artículo 7.

- e) El artículo titulado ¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia, presentado por la abogada y magistra en Política Social Ximena Rincón Castellanos, quien señala que las recientes preocupaciones por la regulación normativa de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) suscitan especialmente discusiones sobre cómo administrar los embriones, cuántas veces usar una muestra, cómo definir la filiación, entre otros. Sin embargo, no se ha cuestionado directamente a quienes estaría amparándose con estas regulaciones y cuál sería su contribución a la equidad social y al desarrollo de todo un país, pues la urgencia de salvaguardar los derechos sexuales y reproductivos marco teórico invocado para exigir la regulación de las TRHA debe apuntar necesariamente a la consecución de una sociedad menos desigual.

Por el contrario, la presente tesis busca garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil, a través de una de las técnicas de reproducción humana asistida, es decir, la maternidad subrogada. Además, porque se encuentran inmersos otros derechos como son el derecho a la salud, derecho a la familia (cuando la mujer infértil desea ser madre), el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de la mujer infértil como fundamento para tutelar sus derechos.

#### **1.10. ASPECTOS OPERACIONALES**

Se entiende por aspectos operacionales a la definición operacional que permite especificar el significado exacto que dentro de la investigación se va a tener en cuenta. Por tanto, la presente investigación se la va a delimitar con base en las siguientes definiciones.

**A. Gestación subrogada:** Llamada también maternidad subrogada, es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genética y legalmente (Romero, 2016). haciendo hincapié que dicha definición en la presente investigación solo debe ser de forma general por cuanto nuestra investigación se centra en los derechos reproductivos de la mujer infértil. Es por ello, que como contrapartida se tiene a la revista médica “Reproducción Asistida ORG”, la cual señala: La definición de gestación subrogada implica que una mujer, conocida como *gestante*, accede a gestar al hijo de otra persona o pareja. Los futuros padres del bebé se llaman habitualmente padres de intención. Siempre que sea posible, los óvulos y espermatozoides serán aportados por los padres de intención,

de manera que el futuro hijo será biológicamente suyo. Si no es posible que la madre aporte el material genético, se recomienda recurrir a una donante.

Por su parte, Arévalo (2022) afirma que, la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida puede presentar al menos tres distintos escenarios: Aquel en que la mujer llevará a cabo el embarazo, recibiendo la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo de la madre de intención; El de la mujer que desarrollará el embarazo habiendo aportado además el óvulo; El caso en que la que mujer que llevará a cabo el embarazo recibirá la transferencia de un embrión fecundado a partir del óvulo donado por una tercera mujer. (p. 90)

Como bien se señaló líneas arriba, la presente investigación únicamente abordará el caso de las mujeres infértiles, las cuales, para alcanzar el embarazo, no necesariamente tienen que aportar carga genética, es por ello, que necesitan de la madre sustituta que utilizará la fecundación *in vitro* o inseminación artificial, dependiendo del caso.

Entonces, se entiende por gestación subrogada al proceso por el cual una mujer infértil busca lograr su anhelo de ser madre a través de una madre sustituta; por lo tanto, esta práctica debe ser permitida de manera altruista porque su único fin sería el formar una familia. Pero ¿Qué vínculo debe prevalecer al momento de determinar la maternidad en el contexto de gestación subrogada? Conforme a lo descrito

anteriormente existen la posibilidad de que tres mujeres sean consideradas simultáneamente madres del recién nacido, ya sea que se cumpla con el vínculo biológico o no, excluyendo a las demás, lo cual a todas luces es perjudicial para el niño. Por dicha razón en la presente investigación, específicamente en la propuesta de reforma del artículo 7 de la Ley General del Salud, se considerará madre del recién nacido a la que haya prestado su voluntad procreacional y de allí salga el vínculo jurídico de filiación entre el niño y su madre, teniendo en cuenta el interés superior del niño. Sumado a ello, será necesario que la mujer infértil y la (s) mujer (es) que intervengan tengan que dar su consentimiento expreso, voluntario, personal, por escrito y de forma anticipada para que surjan los efectos filiatorios.

**B. Derechos reproductivos:** según la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (CIPD), se reconoce el derecho básico de todas las parejas e individuos a

Decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y los medios para ello y el derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia. (Programa de acción de la CIPD, párrafo 7.3, 1994).

Por lo expresado, todas las mujeres tienen derecho acceder a los servicios salud que garanticen una maternidad segura y libre de todo riesgo en todo el proceso reproductivo, es decir desde la intención reproductiva.

**C. Infertilidad:** Según la Organización Mundial de la Salud se describe a la infertilidad como un padecimiento de los órganos del sistema reproductor, referida al impedimento de alcanzar la concepción después de doce meses o más de haber mantenido relaciones coitales sin éxito; pero en la presente tesis se aborda la infertilidad de la mujer. En ese sentido, la psicóloga Carmen Moreno, señala que “la infertilidad se da cuando una mujer puede concebir un hijo, pero no puede llegar a término, por ello, la mujer infértil es considerada abortara habitual”. Por otro lado, infertilidad es un término utilizado por los médicos cuando una mujer no ha podido quedar embarazada después de haberlo intentado por lo menos por un año. En ese sentido, la infertilidad femenina puede ser causada por problemas físicos, hormonales, por el estilo de vida o factores ambientales. La mayoría de los casos de infertilidad femenina son a causa de problemas de ovulación, es decir, que una mujer solo puede quedar embarazada unos cuantos días al mes, durante la ovulación, cuando el óvulo madura y se desprende del ovario. Cuando el óvulo no consigue madurar ni desprenderse del ovario se produce lo que se conoce como un ciclo anovulatorio, un ciclo en el que, ante la ausencia de un óvulo maduro, no es posible concebir.

Dentro de ese orden de ideas, debe entenderse que la mujer infértil recurre a la TERA de la maternidad subrogada por su anhelo de ser madre y formar así una familia.

**D. Técnicas de reproducción asistida:** Las técnicas de reproducción humana asistida son aquellos métodos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándoles la posibilidad de tener descendencia. De esta manera, se dice que las técnicas de reproducción asistida son métodos supletorios no alternativos y son llamados supletorios porque buscan vencer una deficiencia, ya sea biológica o síquica, que puede impedir tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o sido ineficaces para las parejas infértiles (Lagos, 2017, p. 22). Es decir, que se recurren a estas técnicas de reproducción asistida para ayudar a la procreación, materializando de esta manera uno de los más grandes anhelos: el deseo de convertirse en padres.

Actualmente existen diferentes clasificaciones de TERAS, para esta tesis se utilizará la clasificación de Olguín Brito, que las divide en dos grupos: las primeras según el lugar donde se produce la fecundación, y las segundas según la procedencia de los gametos utilizados. Según el lugar donde se produce la fecundación se encuentran las TERAS intracorpóreas, es decir, los procedimientos de fecundación que se producen dentro del cuerpo de la mujer, este es el caso de la inseminación artificial. Las TERAS extracorpóreas que, en oposición a la anterior, la fecundación se produce fuera del cuerpo de la mujer, como es el caso de la fecundación *in vitro* (citado por Gonzáles, 2007, p. 161). Según la procedencia de los gametos utilizados tenemos las TERAS homólogas y las heterólogas, entendiéndose por homólogas al procedimiento que se hace con los gametos femeninos y masculinos

de los padres, y heterólogas al procedimiento de fecundación con gametos proveniente de personas distintas a los padres, y en la mayoría de los casos la procedencia es anónima (citado por González, 2007, p. 161).

De lo anteriormente expresado se puede decir que las TERAS, si bien son procedimientos médicos, no necesariamente son utilizados por personas que padecen de infertilidad, puesto que pueden intervenir como donante. Para la presente tesis se revisará únicamente la TERA de la maternidad subrogada, su concepto, antecedentes, su marco normativo y esta como una forma de garantizar una familia, y finalmente garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

#### **2.1 MARCO IUSFILOSÓFICO**

La presente investigación se centra en la necesidad de establecer los fundamentos jurídicos para la regulación de la maternidad subrogada en la legislación peruana para poder garantizar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

Por ello, que nuestra investigación se encuentra relacionado con los derechos fundamentales, los cuales tienen sustento en el paradigma del Estado constitucional de Derecho, entendido como aquella sociedad donde rige la Constitución, la cual no solo debe reconocer los derechos fundamentales de las personas, sino garantizarlos plenamente. Conforme al artículo 44 de nuestra Constitución Política del Perú, son deberes primordiales del Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”; por ende, se requiere que el Estado establezca las condiciones necesarias para garantizar la protección de los derechos fundamentales. Todo ello sobre los cimientos de un Estado social y democrático de Derecho.

En ese sentido, cuando los derechos no disponen de garantías primarias y secundarias, lo correcto no es negar la existencia de los derechos, sino que debe criticarse la ausencia de garantías por el ordenamiento jurídico, como señala Ferrajoli, porque un derecho sin garantías es poco más que un derecho en el papel, ya que las garantías son mecanismos de protección de los intereses o de las necesidades que constituyen el objeto de un derecho.

En este sentido, el derecho de familia actual, dentro del marco constitucional, debe entenderse como un instrumento destinado a salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos que componen la unidad familiar. El derecho de familia no es nada en sí mismo sino tiene como finalidad básica esencial procurar la efectividad de los derechos fundamentales” (Roca, 1999, p. 150). Es por ello, que la presente investigación se explica a partir de la teoría formal o estructural de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, el cual distingue dos tipos de garantías de los derechos: las primarias y las secundarias. Las garantías primarias serían garantías legales, mientras que las secundarias vendrían a ser jurisdiccionales. Las garantías primarias comprenderían las obligaciones que, en materia de derechos fundamentales, las normas imponen al legislador (e indirectamente a la administración). Las secundarias, por su parte, estarían constituidas por los deberes que, también en relación con los derechos, las normas encomiendan a los órganos jurisdiccionales.

Asimismo, si reconocemos que los derechos reproductivos de las mujeres infértiles tienen rango constitucional, debemos aceptar los efectos directos que ello tiene sobre la familia. Por ende, al ser considerado un derecho, en efecto, las normas constitucionales suelen incorporar una serie de obligaciones a cargo de los poderes públicos. De hecho, podría sostenerse, en cambio, que el solo reconocimiento de un derecho entraña ya una garantía embrionaria del interés que este procurase guardar (Pisarello, 2001).

Por otro lado, conforme a la Teoría General del Derecho, desde la perspectiva tradicional, la maternidad ha concebido como un estado

intrínseco de mujer, derivado ya sea de un proceso biológico o de una adopción. No obstante, en la actualidad, los avances científicos y el desarrollo de técnicas de reproducción humana asistida, han generado nuevas formas de entender la maternidad, lo cual implica una modificación en los parámetros tradicionales que definen dicho concepto (Mir, 2010), debido a que en la actualidad al abordar el tema de maternidad no solo va a implicar el proceso biológico propio de la mujer, sino que madre también puede ser aquella mujer que, a pesar de no llevar en su vientre a su hijo, vendría a ser su madre biológica gracias a la técnica de maternidad subrogada.

En este contexto, diversas denominaciones como maternidad subrogada, maternidad sustituida, vientre de alquiler, gestación por contrato, entre otras, se refieren a una solicitud realizado por una mujer para llevar a cabo la gestación de un hijo destinado a quien ha hecho la solicitud. Estas expresiones evidencian una realidad cada vez más común, representando una alternativa para aquellos individuos o parejas que enfrentan dificultades para concebir o gestar hijos por sí mismos (López y Aparisi, 2012). De hecho, según la definición de Camacho (2009), la maternidad subrogada implica que la mujer gesta a un niño por encargo de otra persona o de una pareja, comprometiéndose a entregar al recién nacido, generalmente a cambio de una compensación económica. Cualquiera sea la denominación que se le dé al tema en cuestión, lo resaltante es que mediante esta técnica se garantizarían los derechos reproductivos de las mujeres infértiles que anhelan ser madres.

Por otro lado, en la región de América Latina no hemos sido ajenos a dicho tema, ejemplo de ello es que, en el año 2001, el Senado de la República de Colombia propuso un proyecto de ley destinado a modificar los Códigos Civil y Penal en relación con la aplicación de los métodos de procreación humana asistida; en Argentina se encuentra contemplada en el anteproyecto de la Ley N.º 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistida, en la cual la maternidad subrogada no fue incluida; en Chile no tiene todavía una ley dedicada a las técnicas de reproducción humana asistida; sin embargo, cuenta con centros de fertilidad y clínicas para la inseminación artificial. En tanto, en Uruguay, la Ley 19.167 permite la gestación subrogada cuando la madre tiene un impedimento médico para gestar un embrión propio.

Finalmente, en el Perú, no se cuenta con un marco normativo que regule la cuestión de la maternidad subrogada de manera específica, solo se establece una prohibición tácita conforme al artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud. Por ende, el Estado peruano no está garantizando los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

## **2.2 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

La Constitución de España 1978 introdujo en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que, con el tiempo, ha sido denominado Estado constitucional de Derecho. El Legislador constitucional buscó así establecer una nueva legitimidad y un diseño de poder y de Derecho, cuya implementación en la vida cotidiana requirió transformaciones significativas en la mentalidad, la cultura jurídica y la

actuación de los profesionales del derecho. El propósito fundamental de este proceso fue promover el constitucionalismo, es decir, establecer límites y vínculos al poder y garantizar los derechos fundamentales (Añón Roig, 2002).

Partiendo de esta premisa, Añón puede proporcionarnos, aunque de manera general, algunos rasgos distintivos del constitucionalismo contemporáneo, en especial aquellos que influyen de manera significativa en la posición de los derechos fundamentales (De Otto, 1987). En otras palabras, en un Estado constitucional de Derecho se tiene que tutelar, respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Dentro de las características del constitucionalismo contemporáneo tenemos a las siguientes:

**A. Primero:** se destaca la consideración de la Constitución como una norma jurídica genuina, atribuyéndole un carácter normativo. En este contexto, la Constitución y la declaración de derechos que incorpora no son simplemente documentos políticos, sino que constituye auténticas normas jurídicas con eficacia directa en todo el ordenamiento. Se trata, por lo tanto, de reglas cuyo propósito es dar forma a la realidad desde una perspectiva histórica. El Estado constitucional de Derecho, surgido en el constitucionalismo americano, adoptó desde sus inicios el valor normativo de la Constitución, a diferencia del modelo legislativo europeo, donde las constituciones originalmente fueron simplemente declaraciones políticas.

- B. Segundo:** constituye una norma jurídica de máxima jerarquía, derivada de un poder investido de legitimidad cualificada, como es el poder constituyente. Desde una perspectiva material, se configura como la norma fundamental. En virtud de esto, se convierte en el criterio de validez para todas las normas dentro del ordenamiento jurídico, lo que implica una revisión sustancial del esquema de fuentes establecido por el positivismo legalista (Aguilo, 2001).
- C. Tercero:** La intermediación constitucional se refiere a la dimensión mediante la cual la Constitución es accesible directamente a todos los profesionales del derecho, no limitándose solo al legislador. Esto surge de su supremacía tanto formal como material. En este contexto, se hace referencia al principio de eficacia o aplicación directa del texto constitucional, que permite la innovación directa de las disposiciones constitucionales en cualquier procedimiento o caso, y confiere a los jueces ordinarios la competencia para resolver disputas en concordancia con el ordenamiento jurídico constitucional.
- D. Cuarto:** El texto constitucional se compone esencialmente de valores, principios, derechos fundamentales y pautas para los poderes públicos. Lo notable y distintivo de este enfoque, según Prieto (2003), es que la intención de estos principios no radica en desplegar su eficacia mediante la ley, sino en hacerlo directa e independientemente, tanto por parte del legislador como por parte de los profesionales del derecho que deben fundamentar sus decisiones de acuerdo con estos principios.

La característica de supralegalidad ha llevado a afirmar que estamos presenciando la culminación de la categoría “Estado de Derecho” (García Pelayo, 1991), cumpliendo así con la definición de Constitución que se encuentra en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”. El paradigma del Estado constitucional, escribe Luigi Ferrajoli (1995),

No es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo, la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material weberianas. (p. 22)

Además, es la combinación de estos elementos lo que otorga a la Constitución una capacidad o efectividad antes no reconocida.

## **2.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO**

### **A. El Estado de Derecho**

La idea de Estado de Derecho tiene sus orígenes en los fundamentos del liberalismo político, y sus primeras expresiones prácticas surgieron durante el auge de las revoluciones inglesa y francesa, según señala García Toma (2005).

En este contexto, según Torsen Stein (1992), la noción de Estado de Derecho surge cuando el liberalismo demandó seguridad para

el desarrollo de las actividades del sistema capitalista, basándose en la garantía de la libertad y la propiedad.

La concepción inicial del Estado de Derecho abordó lo siguiente:

- a)** La exclusión de cualquier concepción o propósito trascendental del Estado. En otras palabras, el cuerpo político no era una creación divina ni implicaba de ninguna manera un orden divino; más bien, se refería a una comunidad al servicio del interés común.
- b)** Los objetivos y funciones del Estado estaban orientados a consolidar la libertad, la igualdad, la propiedad y el desarrollo individual.
- c)** La estructura del Estado y la normativa de su actividad se establecían conforme a principios racionales.

La conceptualización del Estado de Derecho fue delineada por Robert Von Mohl, quien expandió sus perspectivas en 1932 en su obra "Estado de Derecho", contrastándolo con el llamado Estado de Poder o Estado de Policía. Los fundamentos doctrinales de este último se derivaron de las ideas propuestas por Nicolás Maquiavelo, que se basaban en el principio de que el fin justifica los medios. En este contexto, el gobernante actuaba de manera discrecional y sin restricciones frente a los miembros del Estado.

Según la referencia de Pérez Royo (2000), el autor Alberto Borea Odria sostiene que el propósito de Estado de Derecho reside en

asegurar la libertad y seguridad de los individuos. De este modo, su establecimiento y funcionamiento abogan por permitir que los ciudadanos, al ejercer su autodeterminación, puedan planificar y anticipar las implicancias legales de sus acciones en la convivencia social.

De manera similar, el Estado de Derecho comprende dos elementos: por un lado, el Estado como una autoridad política centralizada y, por otro, el Derecho como un conjunto de normas. En este contexto, el Estado de Derecho implica un poder restringido por el marco legal. En el Estado absolutista, el soberano, es decir, el rey, ostenta un poder que prevalece sobre todos, unificando todas las funciones del poder político y sin admitir limitaciones, contrapesos o críticas. Para contrarrestar esta autoridad ilimitada, surge concepto de Estado de Derecho. En el Estado absolutista, el poder se establece desde la cúspide, no emana del pueblo, sino que surge del propio poder, constituyendo una autoridad única sin divisiones ni separaciones. Este poder impregna a la sociedad, la domina y subyuga, dejando al individuo sin capacidad frente a tal autoridad.

Para limitar la autoridad del soberano, se desarrolla la concepción del Estado de Derecho, dando lugar a conceptos como la división o separación de poderes. Surge la institución del parlamentaria, que actúa como contrapeso al monarca absoluto, y los tribunales ganan autonomía frente al soberano. Asimismo, se introduce el

concepto de soberanía popular, donde el pueblo es considerado el soberano en lugar del monarca, y se promueven los derechos humanos como reivindicación legal de los individuos ante el poder estatal. La democracia se convierte en parte de esta evolución, buscando la legitimación del poder por parte de los ciudadanos y concretando así la soberanía del pueblo.

Continuando con la perspectiva del autor Germán Bidart Campos, según se menciona en Bidegain (2001), se puede observar un proceso de desarrollo histórico en favor de la aceptación del concepto de Estado de Derecho.

#### **a. Primera etapa: la concepción imperial romana.**

Surge con el establecimiento del bajo imperio bajo el gobierno de Cayo Valerio Aurelio Diocleciano (285 al 305 d. C.).

Este emperador, investido por la voluntad de las fuerzas militares, instituyó un régimen autocrático, absoluto, de carácter dinástico y fundado en aspectos teocráticos. Durante este periodo, la figura del emperador romano era considerada como la única fuente expresiva de la Ley.

Justiniano I (527 al 565 d. C.) afirmó que Dios había subordinado las leyes al emperador, considerándolo como una “ley viva” enviada por él a los hombres. El historiador Jean Touchard (citado en López, 2001) resume esta perspectiva como una

concepción de la ley personificada en los caprichos o la voluntad del emperador.

#### **b. Segunda etapa: la concepción cristiana**

Surge con las ideas de san Agustín de Hipona (354 a 430 d. C.), san Isidro de Sevilla (565-636 d.C.) y santo Tomás de Aquino (1225-1274). A través de las concepciones de estos teólogos, se establece una conexión entre el poder estatal y la justicia.

Es en esta etapa, se sostenía que la fuente de poder de los gobernantes se derivaba de una delegación que trascendía lo humano; por lo tanto, la responsabilidad de los actos gubernamentales recaía únicamente ante la presencia del Supremo.

#### **c. Tercera etapa: el constitucionalismo moderno**

Surge a finales del siglo XVII en base a una actividad regida por criterios fundamentados en la triada de seguridad, libertad e igualdad. Esta triple meta se justifica porque la seguridad es el resultado de la plena y completa observancia del Derecho, de manera similar a la libertad, que se genera mediante la realización y efectiva verificación de fenómenos jurídicos.

En esta fase, el Estado encuentra sus límites en el Derecho con el propósito de asegurar a los individuos y proteger la libertad y los derechos personales.

En este periodo, se destacan la Constitución de los Estados Unidos del 5 de marzo de 1789 y la Constitución Francesa de 1791.

A lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX, se desarrolla una evolución que da origen al concepto de Estado de Derecho. En esta etapa, desaparece la figura del monarca absoluto, el poder ya no se centraliza en un único órgano, se establecen mecanismos de contrapeso, los individuos imponen restricciones al poder estatal y la legitimación del poder político se logra a través del voto de los ciudadanos.

## **B. El Estado legal de Derecho**

En esta interpretación, fuertemente influida por el positivismo jurídico, se equipara plenamente el Derecho con la ley, definiéndola de manera formal como un acto de voluntad del Parlamento, sin considerar sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos. En este sentido, se concibe a la “ley” como aquello que el parlamento ha decidido que sea “ley” mediante ciertas formas preestablecidas, adoptando una perspectiva esencialmente formal de la misma. En este contexto, como señala Pérez (1984), el Estado de Derecho

Dejará de ser entendido kantianamente como un estado limitado por la razón, y pasará a convertirse en un estado limitado por el derecho positivo, es decir, un Estado que se autolimita (...) Ello supone que el Estado debe delimitar y garantizar a través del derecho su actuación, así como realizar la idea ética del Estado, que no viene entendida como un fin o contenido trascendente a la realidad estatal, sino

como la propia sacralización de la autoridad estatal, o sea, del poder del monarca. (pp. 221-222)

De este modo, el Estado se fundamenta en el imperio de la ley, según lo sostiene Schmitt (1982), estableciendo que dicho “Estado legatario” se apoya en dos principios fundamentales: el principio de asignación de derechos fundamentales a los ciudadanos como condiciones previas para la autoridad del Estado, y el principio orgánico basado en la separación de poderes.

Dentro de las características fundamentales del Estado de Derecho, encontramos: la separación entre Estado y la Sociedad, el principio de supremacía de la ley (o principio de sujeción de la autoridad a las leyes), el principio de jerarquía normativa, el principio de publicidad de las normas, el principio de no retroactividad de las normas, la igualdad ante la ley (principio de igualdad) y la seguridad jurídica (principio de seguridad jurídica).

Desde un punto de vista exclusivamente institucional, el Estado de Derecho reconoce modelos con diferentes niveles de desarrollo en el Derecho comparado, como el *Rule of Law* anglosajón, al *État du Droit* francés y al *Reschstaat* alemán, en el ámbito puramente jurídico.

El *Rule of Law*, traducido como “Imperio del Derecho”, pertenece al constitucionalismo inglés y tiene como objetivo principal establecer límites al poder político a través del Derecho, evitando que el

gobernante sea *legibussolutus* o absoluto. Esta figura tiene una naturaleza inherentemente judicial, donde el poder se controla mediante una actividad jurisdiccional concebida históricamente (Consagrado en el artículo 39 de la CARTA MAGNA de 1215) para enfrentar al Estado o, más específicamente, algunos de sus aspectos más autoritarios, como la soberanía y la potestad legislativa ilimitada (Pereira, 1997). La característica principal de este modelo radica en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica a través de la protección proporcionada por el Poder Judicial y el conocimiento previo de las reglas de convivencia (García Toma, 2005), considerándose como el escudo de la relación Estado y el individuo. Este planteamiento conduce necesariamente al concepto de “Estado Judicial de Derecho”, cuyas características más destacadas fueron delineadas por Dicey y otros (Pereira Menaut, 1997; De Esteban, 2001), teniendo como objetivo principal garantizar la posición de todos los individuos en la sociedad, ya sea frente a sí mismos o frente al Estado. En este contexto, como apunta Pereira (1997), es evidente que el Imperio del Derecho:

Solo será posible mientras el Derecho constituya una instancia anterior, superior y exterior al Estado, de manera que éste no pueda crearlo ni derogarlo a su antojo es imprescindible que exista y se reconozca alguna entidad jurídica sobre la que el gobernante carezca de jurisdicción, sea el *CommonLaw*, el Derecho natural, o lo que fuere.

En cambio, el *État du Droit* francés tiene como principal preocupación garantizar la posición del individuo frente al Estado, con el objetivo de evitar que las acciones de los órganos estatales afecten sus derechos. Se trata de una concepción claramente protectora de un ámbito de autonomía en favor del ciudadano, el cual no puede ni debe ser afectado por ninguna entidad o persona. Este enfoque constituye la base conceptual de la noción característica del constitucionalismo francés, conocida como “libertad fundamental”.

Por último, el *Rechtsstaat* alemán surgió como concepto en un contexto específico de diversidad de principados y otras formas de organización política predominantes en la segunda mitad del siglo XIX. Fue concebido como una solución para fortalecer el poder público, entendiéndose que solo a través de este fortalecimiento sería posible llevar a cabo las acciones necesarias para alcanzar ciertos objetivos, en línea con la arraigada influencia kantiana del deber ser social.

### **C. El Estado constitucional de Derecho**

Fue solo después de la Primera Guerra Mundial que la crítica hacia la concepción legal del Estado de Derecho y sus modelos institucionales mencionados se intensificó. Se argumentó que su formalismo los limitaba a ser meros defensores del orden y del sistema de intereses establecidos, incluso siendo calificados como “Estado burgués de Derecho”. No obstante, las críticas más

vehementes surgieron tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, cuando se evidenciaron las atrocidades perpetradas por los regímenes nacionalsocialista alemán y fascista italiano. A pesar de que formalmente eran considerados Estados de Derecho, sus excesos y arbitrariedades generaron cuestionamientos significativos (Brewer Carías, 1997).

Frente a esos trágicos acontecimientos, se inició una reconsideración del significado de "Constitución" y la necesidad de transformarla en el criterio fundamental para la convivencia. Esto implica verla no solo como la expresión de una voluntad jurídico-política específica que la promulga, sino también como un conjunto de valores y principios generales que deben ser respetados. De esta manera, quizás involuntaria, se llevó a cabo una reformulación del concepto de ley y del propio Estado de Derecho, que inevitablemente debe reflejar los aspectos filosófico-jurídicos establecidos en el texto constitucional.

Asimismo, se revitaliza la noción de "Estado Constitucional" que históricamente surgió en los dos importantes procesos revolucionarios liberal-burgueses, el americano y francés, a finales del siglo XVIII. Este renacimiento se produjo después de una creación humana y, por lo tanto, del pueblo, único ente legitimado para establecer sus formas y modos de organización, así como la titularidad de la soberanía (Asensi, 1996).

De este modo, se entenderá al Estado constitucional como la estructura jurídica que proporciona de manera lógica el principio que establece que los ciudadanos están subordinados únicamente al poder que emana de ellos y son dirigidos por las autoridades que eligen libremente. Con esta perspectiva, la propia forma de organización propuesta implica la restricción y supervisión del poder a través del Derecho, con el fin de salvaguardar la libertad de los ciudadanos (Aragón, 1997).

Entre las características más destacadas del Estado constitucional de Derecho se pueden destacar: el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, con sus tres consecuencias fundamentales; la preeminencia de la Constitución sobre la ley (principio de constitucionalidad); la supremacía de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico; la judicialización progresiva de la actividad estatal (justiciabilidad constitucional); la separación y equilibrio de poderes; la diversidad de ordenamientos normativos y de fuentes del Derecho; el modelo democrático; y el sentimiento constitucional que considera “la cultura como elemento fundamental de la dinámica jurídica moderna” (Hernández, 2011).

No obstante, resulta claro que lo mencionado en relación con ambas formas jurídicas del Estado de Derecho, tanto legal como la constitucional, garantiza una situación de convivencia basada únicamente en datos formales y normativos, lo que no proporciona claridad ni seguridad acerca del contenido material de las

decisiones adoptadas por quienes detentan el poder y los tribunales, y mucho menos sobre el mandato que contienen las normas promulgadas. Incluso, el estadio más evolucionado del Estado de Derecho, es el Estado Constitucional de Derecho y su planteamiento de optimizar los principios originales de diferenciación entre Estado y sociedad, está condicionado por la forma en que se conciba, entienda, asuma, aplique y viva el Texto Constitucional: ya sea como un simple documento formal referente de la actuación estatal o, por el contrario, como norma jurídica completa capaz de regular, de manera efectiva, la convivencia social moderna (Hernández, 2011).

Lo observado lleva a considerar la insuficiencia del Estado de Derecho como solución jurídica ideal para una sociedad contemporánea que es más compleja, versátil y antagónica que cuando el Estado se estableció en el siglo XVIII en su forma absolutista. En el contexto actual, marcado por el constitucionalismo social y el aumento de funciones inherentes a la intervención estatal y el fenómeno de la globalización, el mundo se caracteriza por una dinámica más intensa y compleja que en épocas pasadas. En esta lógica, donde las expectativas ciudadanas son mayores, se requiere un aumento de responsabilidades y funciones a cargo del poder político (Hernández, 2011).

## 2.3 TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Para empezar a hablar de la Teoría de los Derechos Fundamentales, primero debemos aclarar el concepto de Teoría del derecho. Por su parte, la Filosofía del Derecho ha incorporado una extensa y profunda discusión acerca de la definición de Teoría del Derecho. Entre otras cuestiones, el debate ha intentado caracterizar a la Teoría del Derecho bien como un tipo de conocimiento del Derecho que forma parte de la ciencia jurídica, o bien como un saber que se encuadra necesariamente en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

En ese sentido, la ciencia jurídica se constituye sobre la consideración formal del Derecho como norma y, por tanto, incluye una dogmática jurídica y una Teoría General del Derecho que se preguntan formal y objetivamente sobre el ser del Derecho. Por su lado, la Filosofía del Derecho es una disciplina distinta, puesto que se introduce en el terreno de los valores y los fines y se trata así, pues, de una Teoría de la Justicia centrada en el deber ser del Derecho. Por tanto, se puede deducir que el concepto de la Teoría del Derecho se engloba tanto en el ser del Derecho como en el deber ser del Derecho.

Por otra parte, Ferrajoli (2009) considera la posibilidad de una “Teoría formal del Derecho en cuanto Teoría formalizada y reconstruida en base a conceptos previamente postulados y definidos” (p. 29). A la vez, entiende que el estudio de los ordenamientos jurídicos actuales, que son extremadamente complejos al introducirse el paradigma constitucional, es insuficiente según la tradicional división tridimensional del estudio del

Derecho: Derecho como norma, Derecho como hecho y Derecho como valor. Es por ello que Ferrajoli (2009) señala que, en los “Estados constitucionales fuertes, el Derecho no aparece a veces como norma, a veces como hecho y a veces como valor, sino que todas sus dimensiones pueden presentarse simultáneamente” (p. 37). Juan José Moreso, por su lado, afirma que esto sucedía ya en el modelo legalista, en concreto en lo que se refiere al Derecho como norma y como hecho, y que el modelo constitucional solamente ha venido acentuar los elementos conceptuales que ya existían previamente (como se cita en Ferrajoli, 2009, p. 37). Por ende, se puede afirmar que la Teoría del Derecho, enmarcada en un paradigma constitucional, va más allá de las teorías tradicionales del Derecho.

No obstante, se debe señalar que existe una estrecha relación entre la teoría formal y material del Derecho, ya que el Derecho es puesto por una autoridad, pero posee conexiones (contingentes) con la moral. La incorporación de la moral al sistema jurídico no da lugar a la confusión entre Derecho y moral, sino que presume aceptar una estrecha relación entre el Derecho y una moral legalizada, esto es, entre el Derecho y la Ética pública consensuada. Por ello, las corrientes positivistas defensoras de esta perspectiva han dejado de ser teorías meramente descriptivas del Derecho para considerarse valorativas, es decir, preocupadas por el deber ser del Derecho (Monereo, 2013).

En el terreno de la Teoría de los Derechos Fundamentales esta visión del Derecho no solo puede ser extrapolable, sino que es todavía más evidente, ya que los derechos fundamentales son esas propuestas morales históricas

que han sido positivizadas en la norma suprema del ordenamiento jurídico (la Constitución), siendo concreciones de los valores de la libertad, igualdad y solidaridad que se remiten al concepto abstracto de dignidad humana (Monereo, 2013). Por lo tanto, se debe entender que en la Teoría de los Derechos Fundamentales las dimensiones material y formal son inseparables.

También, “se ha entendido que los derechos son fundamentales por su resistencia o inmunidad dentro de un sistema jurídico-constitucional” (Alexy, 1993). Por otro lado, un amplio sector de la doctrina española y extranjera ha llevado a cabo una distinción fuerte entre las denominadas reglas y los principios que conducen a una clasificación jerárquica de los derechos. Autores como Dworkin (1989) o Alexy (1993), Juan Ruiz Manero y el propio Atienza (1996) defienden que la diferencia entre principios y reglas no es solo de grado sino cualitativa. Se puede decir, entonces, que no todas las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico son iguales; por ejemplo, Kelsen y Hart distinguen entre normas primarias y normas secundarias; Dworkin (1989) o Alexy (1993) hacen referencia a reglas y principios, pero todas ellas tienen importancia en la Teoría del Derecho.

Asimismo, se afirma que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible los cuales son calificados como mandatos de optimización; en cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no y se les llama mandatos definitivos (Alexy, 1993, p. 87).

En ese sentido, parece aceptable la definición dualista de los derechos. Según el dualismo existe un núcleo de certeza que define los derechos como pretensiones morales individuales (dimensión moral) que se incorporan históricamente al Derecho positivo (dimensión jurídica) para legitimar el Estado de Derecho. Precisamente, el término derechos fundamentales permite expresar la vertiente jurídica, esto es, la necesaria positivización de los derechos para considerarlos como tales, sin olvidar la moralidad de estos.

A continuación, se describirán los derechos fundamentales de las personas, los cuales tienen relación con la presente investigación.

### **2.3.1 Derecho a la dignidad**

#### **A. ¿Qué se entiende por dignidad humana?**

El derecho a la dignidad consiste en que cada hombre debe ser respetado por su condición humana. Uno de los primeros fallos de la Corte Interamericana dio lugar a que se sentaran varios principios respecto de la dignidad como, por ejemplo, ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio de la dignidad humana. Esto implica que el derecho a la dignidad es el valor más importante que se tiene que respetar. Entonces, se podría definir a la dignidad como la excelencia que merece respeto, además de la relación que deba de existir entre dignidad humana y los derechos fundamentales.

Además, se debe señalar que la idea de protección a la dignidad humana ha sido introducida en el Derecho positivo tanto a nivel

nacional como internacional. A nivel nacional se puede señalar el artículo 1, del Capítulo I, Derechos fundamentales de la persona, del Título I, De la persona y de la sociedad, de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual señala que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". A nivel internacional se puede mencionar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los cuales reconocen que la dignidad es inherente a todas las personas, la cual vendría a ser considerada como la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, según señala González Pérez (1986):

Las posturas ideológicas sobre la dignidad son muy diferentes, en el contexto de los Derechos Humanos, y desde una perspectiva doctrinal, la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social. (p. 20)

Es por ello que se puede afirmar que la dignidad de la persona humana está estrechamente ligada con los derechos fundamentales, los cuales deben ser plenamente tutelados y garantizados por el Estado. Por lo tanto, se puede llegar a la conclusión de que la dignidad es un valor inquebrantable que posee toda persona, es decir, que todos los seres humanos somos portadores de una dignidad, sin distinción alguna.

En palabras de González (1986): “La dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, y que comparte un tratamiento concorde a todo momento con la naturaleza humana” (p. 81). Esto implica que la dignidad humana surge en el preciso instante en que la persona empieza a existir. Por todo ello, la dignidad, dentro del contexto de los derechos humanos, es la que posee el hombre desde el momento de la concepción.

## **B. La dignidad humana en el ámbito constitucional**

Un adecuado punto de inicio para la comprensión de la dignidad humana en el ámbito constitucional sería partir de la vida en sociedad, la cual exige una regulación para una convivencia en armonía. Las normas, por tanto, deben ser aplicadas de manera igualitaria para todos sus miembros. Es por ello que la igualdad constitucional es definida como la igualdad ante la ley. Tal es el caso de la Constitución española que en su artículo 14 señala: “Los españoles son iguales ante la ley”; en la Constitución italiana, en su artículo 3: “Todos los ciudadanos tienen status social igual y son iguales ante la ley”; así también, la Constitución Política del Perú señala en su artículo 2, inciso 2: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”.

Aseveraciones respecto de las cuales no existe dubitación alguna, ya que se analiza la importancia de ser portador de dignidad, la cual

debe ser regulada de forma igualitaria para todas las personas, además de contar con derechos y obligaciones. Por consiguiente, la dignidad debe ser considerada en todo ordenamiento jurídico interno, habría que decir también que son los Estados quienes se deben de encargar de protegerla e incluirla dentro de su ordenamiento jurídico, a fin de hacerla efectiva.

Actualmente existe un gran número de normativas fundamentales que han incorporado el concepto de dignidad humana a sus cartas magnas o leyes fundamentales. Ejemplo de ello tenemos a la Constitución de la República portuguesa, la cual contiene un apartado que hace alusión a la dignidad, que señala: “Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona”; la Constitución Federal de la Confederación Suiza, adoptada el 18 de abril de 1999, contiene un artículo que lleva por título “Dignidad Humana”; asimismo, las Constituciones de Alemania y España, las cuales tienen un marco normativo que pone a la dignidad humana como piedra angular de sus respectivas constituciones. Así también la Constitución Política del Perú señala en su artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por ende, lo que se busca es garantizar los derechos fundamentales de las personas a través de la protección de su dignidad, porque la dignidad del hombre ya no es solo una declaración ética, sino que se acepta como un valor jurídico; es decir, una norma jurídico-positiva. Por

esta razón, es una obligación del Estado respetar y proteger la dignidad de la persona.

### **C. La dignidad humana en la legislación internacional**

La dignidad humana debe ser entendida como un valor que diferencia a la especie humana, a partir de la que se originan otros valores y derechos fundamentales para la persona, tanto para el individuo como para la sociedad. Por tanto, todo ser humano debe ser respetado y protegido en su dignidad, y los Estados están en la obligación de protegerla.

En referencia a lo anteriormente señalado, la dignidad humana no solo ha sido incluida en la normativa interna, sino también en la normativa internacional, ya que dentro del ámbito internacional ha existido una preocupación por incluir a la dignidad dentro de un marco jurídico legal internacional.

A continuación, se presentan algunos instrumentos internacionales que han incluido en su texto el concepto de dignidad humana.

#### **a. La Carta de las Naciones Unidas**

Fue a partir de las violaciones a los derechos humanos durante el gobierno nazi y finalizando la segunda guerra mundial que surge la idea de fundar un organismo internacional para el desarrollo posterior de los derechos humanos. El 25 de junio de 1945, cincuenta estados aprobaron por unanimidad la Carta de las Naciones Unidas - ONU, cuyo propósito era el desarrollo y estímulo de los derechos humanos sin distinción de raza, sexo o

idioma para que de esta manera se pueda lograr la paz y la seguridad a nivel mundial.

En dicho documento internacional en su preámbulo se señala “la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos del hombres y mujeres”. Al incluir el concepto de dignidad humana en la Carta significó un gran avance en el Derecho Internacional positivo.

Del mismo modo, en su artículo 1 declara que “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”; en su artículo 55, literal c) dispone “la organización promoverá el respeto universal de los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”. Y en su artículo 62-2 se señala como función del Consejo Económico y Social la de “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y a la efectividad de tales derechos y libertades”. Como se puede apreciar, en la Carta no solo se incluye el concepto de dignidad, sino que se va a estimular el respeto universal de los derechos humanos y libertades fundamentales, además de incluir como función del Consejo Económico y Social el realizar recomendaciones a los Estados con la finalidad de garantizar dichos derechos y libertades fundamentales.

A pesar de estar normados los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas no existía una definición de dichos términos, es por ello que las naciones que respaldaron a la ONU entendieron que para consolidar el respeto a los derechos humanos fue necesario la creación de una comisión de derechos humanos, además de la elaboración de un instrumento universal de forma integral. Es así como se forma la Comisión de Derechos Humanos, la cual tuvo como tarea preparar una carta internacional de derechos humanos.

#### **b. La Declaración Universal de los Derechos Humanos**

La Asamblea General de las de la Naciones Unidas, en 1946, hizo que el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas creará la Comisión de Derechos Humanos, encomendándosele la redacción de una Carta Internacional de Derechos. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuyo preámbulo se consigna: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables”. Al igual que en la Carta en la Declaración también se señala la idea de dignidad, lo cual va a reafirmar dicho concepto en el ámbito internacional. Entre los derechos que pueden señalarse son el reconocimiento de la igualdad en dignidad, pues se afirma que los seres humanos nacemos libres e iguales en derechos. No cabe duda que dicho documento clarifica que la dignidad y la

sana convivencia son la base fundamental para que pueda existir una sociedad en armonía, y así poder lograr el respeto de la persona.

Posteriormente, en 1966, la Asamblea General de la ONU, aprueba en asamblea general dos pactos internacionales, uno referido a los derechos civiles y políticos, y el otro a los derechos económicos, sociales y culturales, con la finalidad de reforzar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

### **c. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**

En el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos se prohíbe la prisión por deudas, las personas que son detenidas tienen que ser tratadas humanamente y con respeto a su dignidad como derecho inherente al ser humano, también incorpora derechos del niño.

Además, de los derechos ya señalados también se puede mencionar el derecho a la vida en su artículo 6, el reconocimiento a su personalidad jurídica en el artículo 16, la igualdad de todas las personas ante la ley en el artículo 26, los cuales están íntimamente ligados a la dignidad del ser humano y que cada Estado está en la obligación de garantizarlos y tutelarlos.

#### **d. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Este Pacto Internacional contiene una serie más amplia y específica de derechos que la Declaración Universal, tales como la obligación de los Estados de proporcionar a sus habitantes un nivel de vida adecuado y el derecho de gozar de salud física y mental. De allí que en el preámbulo se señala: “la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana”.

Aunado a lo anterior, dicho documento dispone que los Estados deberán tomar las medidas necesarias en la máxima capacidad de sus recursos disponibles para alcanzar progresivamente la completa realización de esos derechos. Al mismo tiempo, también busca garantizar la calidad de vida en una sociedad, y uno de los medios en el que se basa la dignidad es el trabajo.

#### **D. La dignidad de la mujer infértil**

Antes de abordar el tema de la dignidad de la mujer infértil, partamos por definir a la infertilidad, además, de distinguir entre infertilidad y esterilidad, porque la mayoría de las personas tiende a vincular el concepto de infertilidad con esterilidad; a pesar de que son dos condiciones diferentes. Según la psicóloga Moreno (2009):

La infertilidad se da cuando una mujer puede concebir un hijo, pero no puede llegar término, por ello, la mujer infértil es considerada abortera habitual; mientras que, la esterilidad ocurre cuando la pareja (o mujer) jamás ha conseguido el embarazo. (p. 37)

Por otro lado, en cuanto a la definición de infertilidad, no hay un acuerdo unánime. Una perspectiva, como la presentada por Luna (2008), sostiene que “la infertilidad no es una enfermedad fisiológica, sino que es sólo es un problema que tiene consecuencias psico-sociales y es una importante causa de una enfermedad psicológica” (p. 17).

Como contrapartida a lo anteriormente descrito, Priscilla Solano, expresa que se trata de una enfermedad que posee dos aspectos, a saber, uno de naturaleza fisiológica y el otro psicológica. Ahora bien, el análisis del aspecto psicológico de la infertilidad es un campo difícil de abordar, ya que tiene que ver con el aspecto subjetivo de una persona, porque no sabríamos con precisión cuán importante es para una mujer convertirse en madre, además de la sensación de culpa y esto puede observarse desde el inicio en el que “la mujer infértil entra en shock por el diagnóstico de infertilidad, puesto que la negación es la primera reacción, es decir, se resisten a aceptar el diagnóstico y buscan segundas opiniones” (Moreno, 2009, p. 47).

En resumen, se puede decir que la infertilidad afecta a la mujer de manera fisiológica y psicológica. Inclusive, al no ser madre, la mujer infértil queda en un no ser, en un vacío, ya que lo normal o lo esperado es la ecuación fertilidad – normalidad – tradición. Por tanto, quedaría excluida de un orden cultural que identifica feminidad con maternidad y maternidad con reproducción biológica.

Dentro de ese orden de ideas, una opción frente a la infertilidad de las mujeres es la técnica de maternidad subrogada, la cual se presenta como la única manera de poder concebir hijos y así concretar su proyecto de vida de ser madre. Aunado ello, también cabe resaltar que la dignidad de la mujer gestante se estaría protegiendo, ya que la presente investigación tiene como uno de sus objetivos la reforma del artículo 7 de la LGS en donde el tema de maternidad subrogada debería regularse únicamente con fines altruistas, es decir, que no se vería a la mujer gestante como un negocio económico. No obstante, en el caso del Perú no se encuentra regulado de manera específica.

### **2.3.2 Derecho a formar una familia**

#### **A. Breve reseña constitucional de la familia en el Perú**

Fue la Constitución de 1933 la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la familia. Dicha Carta Política señalaba en su momento que “el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”. Con la Constitución de 1979 se conceptualizó a la familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”. Así llegamos a la Constitución de 1993, norma fundamental vigente que en su artículo 4 señala:

Protección a la familia. Promoción del matrimonio, La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del

matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley.

Cabe resaltar que nuestra actual Constitución identifica a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad.

## **B. Derecho a formar una familia en las Constituciones de Latinoamérica**

Conforme a José Cándido Francisco Javier de la Fuente Linares (2012) las Constituciones latinoamericanas regulan a la familia desde esa ley fundamental; tenemos a las que señalan un capítulo especial como Bolivia, Brasil, Cuba, Ecuador, Nicaragua y otro grupo en donde existe una dispersión normativa, tal es el caso de Argentina, Chile, Honduras, Perú, entre otros (p. 63). Se puede señalar, entonces, que la familia se encuentra regulada ya sea de forma uniforme o dispersa, lo importante es que están tuteladas en las cartas fundamentales de dichos países. A modo de ejemplo podemos señalar a las Constituciones que tienen en capítulo específico para la familia:

### **a. Bolivia**

En su Constitución Política, en su parte primera denominada “Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías”, título dos de “Derechos fundamentales y garantías”, capítulo quinto “Derechos sociales y económicos”, sección VI “Derechos de las familias”, artículos 66 a 72, en síntesis, establece que:

El Estado reconoce y protege a la familia, a sus integrantes, que existe igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades entre todos sus integrantes así como a las uniones de hecho que sean mantenidas por personas con capacidad legal, existe igualdad entre los hijos que la ley protegerá el patrimonio de familia, el régimen de seguridad social, la educación, la violencia intrafamiliar, lo mismo de los niños, niñas y adolescentes, y buscará la protección del interés supremo del menor, debo hacer notar que anterior a esta reforma en el año de 1995 se establecía la creación de un código especial para regular las relaciones familiares.

#### **b. Brasil**

Cuenta con un apartado especial, título VIII “Del orden social”, capítulo VII “De la familia, del niño, del adolescente y del anciano”, artículos 226 al 230, reconoce:

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

#### **c. El Salvador**

La Constitución de El Salvador también dedica una sección especial para la familia, en su capítulo II “Derechos sociales”, sección I “De la familia”, en sus artículos 32 al 36, reconoce

A la familia como base fundamental de la sociedad y ésta tendrá la protección del estado la que creará la legislación necesaria y los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico, estableciendo que el fundamento legal de la familia es el matrimonio, pero su falta no afectará el goce de los derechos que se establezcan en su favor.

A continuación, referiremos algunos de los países que tienen su legislación dispersa.

#### **a. Colombia**

Señala en su artículo 5 que el Estado: “(...) reconoce a la familia como institución básica de la sociedad”, y en su artículo 42 dice que:

Es el núcleo de la sociedad y que su fuente es el matrimonio y el concubinato, manifestando que el matrimonio religioso surte efectos como matrimonio civil y que tanto el estado como los integrantes de la familia deben velar por su bienestar.

#### **b. Perú**

En su Constitución de 1993, artículo 4, establece que “la comunidad y el estado protegen al niño, al adolescente, madre, anciano en situaciones de abandono, a la familia y promueve el matrimonio como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”; el artículo 13 regula la “obligatoriedad de los padres de educar y participar en el proceso educativo de sus hijos”, y el artículo 24 habla sobre “el derecho del trabajador para una remuneración para él y su familia”.

### **c. Uruguay**

La Constitución, en su artículo 40, del capítulo II, señala que “la familia es la base de la sociedad, el Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”; el artículo 49 señala que “el bien de familia, su constitución, su conservación, goce y transmisión serán objeto de una legislación protectora especial”; el artículo 67 regula “la protección del trabajador en bienestar de su familia”; los artículos 75 y 78 brindan el “derecho al sufragio a los ciudadanos de los hombres y mujeres extranjeros con familia constituida en la república así como a la ciudadanía legal”.

### **C. Derecho a formar una familia en la legislación internacional**

Dentro de los derechos fundamentales se encuentra el derecho a formar una familia, el cual está regulado en documentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 16, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 23 y la Convención Americana sobre Derechos en su artículo 17. Si bien es cierto, nuestra Constitución Política no hace alusión de manera explícita al derecho a formar una familia, sí la reconoce como tal, esto en virtud del artículo 3, el cual establece una puerta abierta a los derechos no mencionados.

Por otra parte, el artículo VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como el artículo 15 del Protocolo de San Salvador, establece el derecho a constituir una familia, el cual constituye una facultad de las personas, que comprende dos aspectos: por un lado, el derecho a formar una familia y, por otro, que tiene que ser en igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio. Cabe resaltar en este punto que cuando se habla de constituir una familia dicho termino alude a diferentes formas de constituirse ello debido al avance y desarrollo científico; por ende, este derecho opera de forma independiente del derecho al matrimonio. Además, el derecho a formar una familia no requiere la existencia de un matrimonio previo; es decir, puede estar o no fundada en un matrimonio.

A modo de conclusión, se puede decir que el derecho a formar una familia y la salvaguarda de la familia constituye un derecho complejo, pues está íntimamente vinculado con otros derechos humanos tales como el derecho a la igualdad, a evitar la discriminación y a ejercer los derechos reproductivos, especialmente la capacidad de las personas de decidir libremente si desean tener o no hijos. Por lo tanto, el derecho fundamental a constituir una familia, reconocida como un elemento natural y esencial de la sociedad, impone al Estado la obligación de garantizar el acceso a formarla. Para numerosas personas, la capacidad de formar una familia constituye uno de los objetivos fundamentales en sus vidas.

### 2.3.3 Derecho a la salud

#### A. Definición

La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades. Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Por último, el Tribunal Constitucional ha definido el derecho a la salud como:

La facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida, para lo cual debe invertir en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo adoptar políticas, planes y programas en ese sentido. (STC 2945-2003-AA/TC)

En consecuencia, se puede afirmar que el derecho a la salud es inherente a los seres humanos, por tanto, merecen ser respetados, tutelados y garantizados por el Estado.

## **B. El derecho de acceso a la salud de la mujer infértil**

De acuerdo con la Mesa de Trabajo de Bogotá sobre Desplazamiento Interno (2005) enuncia que “la salud es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”. Dicho enunciado refuerza lo que contempla nuestra Constitución Política del Perú, en lo referente al derecho a la salud, el cual se encuentra regulado en el artículo 7 de la norma fundamental que a la letra dice:

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Por su parte, el artículo 9 del mismo cuerpo de normas regula lo siguiente: “El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos los accesos equitativos a los servicios de salud”.

Dentro de ese orden de ideas, la salud representa un derecho elemental que poseemos todas las personas, siendo la obligación del Estado determinar la política nacional de salud y facilitar a todas las personas el acceso equitativo estos servicios.

### **C. El derecho a la salud en la legislación nacional**

En nuestro ordenamiento jurídico hallamos regulado el derecho a la salud en el artículo 7 de la Constitución Política de 1993 como parte de uno de los derechos económicos, sociales y culturales; por su parte, el artículo 9 determina la política nacional de salud y señala que quien supervisa su aplicación es el Poder Ejecutivo, también se menciona que el acceso debe ser equitativo.

En relación con lo estipulado por nuestra Constitución, se puede afirmar que el Estado tiene la obligación de preservar el bien jurídico protegido en esta, pero no solo le compete al Estado, sino también a los particulares, a las instituciones públicas o privadas, entre otros. Tal como lo indica la siguiente sentencia:

Como ya se ha expuesto, la moderna concepción de los derechos sociales implica que no solo constituyan obligaciones de hacer del Estado, sino de toda la sociedad en su conjunto; por ello, la doctrina ha empezado a denominarlos 'deberes de solidaridad'. En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. (STC 2945-2003-AA/TC)

Por otro lado, tenemos a los artículos II, IV y VI del Título Preliminar de la Ley General de Salud, que respecto a este derecho refieren lo siguiente:

II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.

VI. Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.

De acuerdo con lo anteriormente estipulado se puede afirmar que el Estado es el garante de dicho derecho, por ende, toda la población debería acceder a los servicios de salud pública, también es deber del Estado intervenir conforme al principio de igualdad y equidad.

#### **D. El derecho a la salud en los convenios internacionales**

Este derecho está también normado en los siguientes instrumentos:

##### **a. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que**

fue elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, y fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, la cual en su artículo 25.1 señala que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios

de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

En ese sentido se comprende, que el derecho a la salud está íntimamente ligado a otros derechos para su pleno disfrute, además de que este derecho comprende una atención médica de forma oportuna y adecuada.

**b. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales**

**y Culturales, el cual** fue ratificado mediante instrumento de adhesión de fecha 12 de abril de 1978, que en su artículo 12 establece “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En efecto, el derecho a la salud no solo está referido a estar sano, sino que implica también la facultad de la persona de poder controlar su propia salud y su cuerpo, presupone también que los Estados Parte tomen las medidas necesarias a fin de mejorar la salud de su población.

**c. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del**

**Hombre, que** fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá en 1948, la cual establece en su artículo XI que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de comunidad”.

En síntesis, estos son algunos de los instrumentos internacionales que contienen normativa protectora del derecho a la salud.

#### **2.3.4 Derechos sexuales y reproductivos**

Conforme al artículo 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, se expresa que el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y de su dignidad. Por esta razón, el derecho de los individuos y las parejas a tomar decisiones de manera libre y responsable acerca de la cantidad de progenie, el tener la información necesaria y los medios para lograrlo, así como ejercer su derecho a la salud sexual y reproductiva, deben ser tutelados por el Estado peruano para que todos gocen plenamente de esos derechos y, con ello, garantizar el ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las mujeres infértiles en el Perú.

##### **A. Los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos**

Dentro del amplio espectro que abarcan los llamados derechos sociales, el derecho a la salud constituye uno de los más importantes, en tanto involucra el sustrato indispensable para el ejercicio de otros derechos y resulta una precondition para la realización de valores en la vida y del proyecto personal de todo ser humano (Gil, Fama y Herrera, 2006, p. 943). Es por ello que se puede afirmar que la realización plena del derecho a la salud es indispensable para poder ejercer, por ejemplo, nuestro derecho al trabajo, la recreación, libertad sexual y reproductiva, entre otros

El derecho a la salud comprende la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, siendo clave en este sentido la Convención Para la Eliminación de Toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y su Protocolo Facultativo, dichos derechos deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas dentro de un ordenamiento jurídico. Por consiguiente, el acceso a los servicios asistenciales es fundamental para el pleno y efectivo goce del derecho a la salud, el cual debe ser garantizado por el poder público con el fin de respetar el derecho a la igualdad.

Asimismo, la realidad muestra que la salud reproductiva se encuentra fuera del alcance de varias personas y esto se debe a elementos como: la falta de comprensión sobre sexualidad humana, la carencia de información y la insuficiencia de servicios en materia de salud reproductiva, la imposibilidad de acceder por razones económicas, geográficas, culturales, etcétera, a la información y/o las prestaciones de salud sexual y reproductiva (Siverio, 2013, pp. 304-308).

Como señala Siverio (2013), los derechos sexuales y reproductivos son verdaderos derechos humanos; por lo tanto, es deber del Estado peruano proteger su vigencia conforme a la Constitución. El contenido de los derechos sexuales y reproductivos podría resumirse en que toda persona es libre de decidir con quién, cuándo y cómo tiene hijos o no, esto sería lo que garantiza los derechos sexuales y reproductivos de una

persona. Además, son pocas las personas que ha gozado de manera consistente de estos derechos a través de la historia, ya que decidir sobre nuestro cuerpo ha sido y es en muchos casos un privilegio de género y de clase (Siverio, 2013).

Por su parte, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) define a los derechos sexuales y reproductivos (DSYR) partiendo del concepto de salud sexual y reproductiva. Estos derechos, como ya se mencionó anteriormente, se asientan en el reconocimiento del derecho básico de todos los individuos a tomar una decisión libre y responsable de la cantidad de hijos que desean tener, el espacio entre estos y de contar con la información y los medios necesarios para ello.

En definitiva, los derechos sexuales y reproductivos son trascendentales para las personas, porque decidir sobre el cuerpo, la sexualidad y la reproducción implica poder y autonomía, exigencia de justicia.

## **B. Marco normativo internacional y nacional de los derechos sexuales y reproductivos**

En el sistema universal de derechos humanos, los derechos sexuales y reproductivos están contemplados en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contrala Mujer (1979). Asimismo, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos estos derechos están presentes en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar

la Violencia contra la Mujer, también conocida como Convención de Belém do Pará de 1994. Ambas convenciones son vinculantes para el Estado peruano.

Asimismo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) definió el término derechos reproductivos y marcó un avance importante en su reconocimiento para mejorar la calidad de vida de las personas. Planteó, además, la atención de la salud reproductiva para garantizar el respeto a las decisiones de las personas sobre su sexualidad y reproducción, y reconoció a la sexualidad como parte fundamental de la salud. La Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995) precisó que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control respecto de su sexualidad, además de disfrutar de su salud sexual y reproductiva, libre de discriminación y violencia.

En el ámbito nacional, la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce derechos vinculados a los derechos sexuales y reproductivos como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física y mental, a la libertad de información, a la intimidad personal, a la dignidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conciencia. Además, indica que es política nacional de población difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, y reconoce el derecho a decidir de las familias y de las personas.

Los derechos sexuales y reproductivos también están amparados por la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres - Ley N° 28983 (2007), la Ley General de Salud - Ley N°26842 (1997), el Plan Estratégico Nacional para la Reducción de la Mortalidad Materna y Perinatal 2009-2015 y el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Asimismo, en la Décima Política del Acuerdo Nacional (2002), referida a la equidad y justicia social, el Estado se compromete a eliminar toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades y las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad.

Finalmente, el principal responsable de proteger, defender, respetar, promover y garantizar los derechos humanos es el Estado a través de sus diferentes poderes y niveles de gobierno. No obstante, tales deberes son exigibles también a la sociedad en su conjunto, así como a las organizaciones internacionales relacionadas con la materia.

Al mismo tiempo, se debe implementar una política pública basada en los derechos humanos, con la cual se pueda asegurar la efectiva vigencia de estos, a través de diferentes estrategias. Además, existen diversas instituciones del Estado encargadas de proteger y promover nuestros derechos, tales como el Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como de los organismos autónomos creados por la Constitución como, por ejemplo, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, el

Tribunal Constitucional, el Consejo Nacional de la Magistratura, la Contraloría General de la República, entre otros.

### **C. El acceso a la técnica de reproducción humana asistida de maternidad subrogada concebido como un derecho reproductivo**

Las técnicas de reproducción humana asistida, desde la óptica jurídica, son definidas como “aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia” (Varsi, 1995, p. 62). Es por ello que se puede decir que el acceso a la maternidad subrogada garantizaría el derecho reproductivo de la mujer infértil; asimismo, se puede señalar que las técnicas de reproducción asistida son métodos supletorios no alternativos, supletorios porque buscan vencer una deficiencia, ya sea biológica o síquica, que puede impedir tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o han resultado ineficaces para las parejas infértiles (Lagos, 2017, p. 22).

Por consiguiente, habría que preguntarse si la técnica de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada constituye un derecho reproductivo de la mujer infértil y, por lo tanto, tendría que ser considerado como un derecho fundamental. En consecuencia, la maternidad subrogada debe ser regulada por nuestro ordenamiento jurídico para que no se exceptúe de la legislación nacional a la mujer infértil. A continuación, se

consignan los criterios que determinan si puede concebirse como derecho reproductivo o no.

Conforme lo señala, Ferrajoli (2005) en su libro sobre los fundamentos de los derechos fundamentales: “es posible identificar cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio, según la cláusula máxima de la moral kantiana” (p. 315); por lo tanto, la valoración de la persona se refleja en las leyes y en la dignidad, que sirve como el fundamento y la restricción de otros derechos fundamentales.

**a. El primer criterio:** Vínculo entre los derechos fundamentales y la igualdad, lo que significa que un derecho fundamental debe asegurar la igualdad entre las personas. Es por ello que, en nuestra nación, las prácticas de reproducción asistida, tales como la inseminación artificial o fecundación *in vitro*, son aceptadas. Sin embargo, el tratamiento de la maternidad subrogada está prohibido conforme al artículo 7 de la Ley General de la Salud; como consecuencia de ello, la mujer que experimente infertilidad encuentra limitada su capacidad para convertirse en madre. En ese sentido, el uso a la técnica de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada equipararía los derechos reproductivos de las mujeres con problemas de fertilidad a los de aquellas que no presentan dificultades reproductivas, y junto con ello, se garantizarían los derechos reproductivos de la mujer infértil.

**b. El segundo criterio:** Nexos entre los derechos fundamentales y la democracia; en lo referente a este criterio, Ferrajoli (2005) formula que las cuatro clases de derechos, los cuales son derechos políticos, civiles, de libertad y sociales que configuran la base de la democracia. Como es ampliamente conocido, los derechos reproductivos forman parte de las libertades fundamentales. De esta manera, el uso de la técnica de maternidad subrogada como un derecho fundamental para las mujeres infértiles no entra en conflicto con los principios democráticos de nuestra nación. Por otro lado, la democracia se compromete a la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

**c. El tercer criterio:** El vínculo entre los derechos fundamentales y la paz. Según refiere Ferrajoli (2005) se “deben garantizarse como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria de la convivencia pacífica” (p. 347). Mediante la técnica de la maternidad subrogada las mujeres con problemas de infertilidad podrán ver concretizado su proyecto de vida como el ser madre.

**d. El cuarto criterio:** La función de los derechos fundamentales como normas de los más vulnerables implica que, desde una perspectiva axiológica, todos los derechos fundamentales pueden considerarse como leyes destinadas a la protección de los menos favorecidos en oposición a la ley del más fuerte. Sin embargo, en nuestro contexto legal, la mujer infértil carece de protección y

regulación para abordar su situación. Si bien es cierto las mujeres infértiles representan un sector menor, pero no tiene que estar excluido en nuestra normativa.

Concretizando, la técnica de maternidad subrogada satisface los cuatro criterios que señala Ferrajoli y, por tanto, se le debe de otorgar la calidad de ser un derecho fundamental.

## **2.4 MATERNIDAD SUBROGADA**

### **2.4.1. Antecedentes**

Acerca de la maternidad subrogada se podría decir que se presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes datan de la antigüedad. Tal es el caso del Código del Rey Hammurabi, creado en Mesopotamia en 1750 a. C., cuyas leyes establecían que la mujer estéril que deseaba tener descendencia debía dar una esclava a su marido con la finalidad de tener un hijo, perdiendo así el marido a repudiar a su esposa. Si la esclava no daba hijos del esposo a su ama, esta podía venderla, y cuando la esclava daba hijos al señor, no podía este último tomarla como concubina. Y si la mujer principal no daba hijos al marido ni le proporcionaba esclava para tenerlos, el marido podía tomar una concubina y recibirla en su casa como esposa, pero no de la misma categoría que la mujer principal.

Por su parte, la India, conforme a las leyes de Manu, prescribía que la mujer estéril podía ser emplazada al cabo de ocho años. Y en el antiguo testamento cuando Sarah, frustrada por su incapacidad para

procrear, instó a su esposo Abrahán a tener relaciones sexuales con su sierva egipcia, Agar; de esta manera nació su hijo Ishmael.

Posteriormente, el primer acuerdo de maternidad subrogada documentado se llevó a cabo en el año de 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la Surrogate Family Service inc.; cabe destacar que en los primeros casos de maternidad subrogada (tradicional), la gestante aportaba los óvulos y la gestación, debido a que se realizaba mediante la inseminación artificial. Fue a partir de la aparición de la fecundación *in vitro* en el año 1978 que el panorama cambió. Es así como el primer caso de maternidad subrogada (gestacional) reportada en el mundo ocurrió en 1984.

#### **2.4.2. Definición**

Se denomina maternidad subrogada, también conocida como gestación sustitutiva o alquiler de vientre, a la práctica en la cual una mujer, previo acuerdo de las partes, se compromete a llevar adelante un embarazo y entregar al niño en el momento del nacimiento a una persona o pareja, renunciando a sus propios derechos como madre (Universidad Católica de Cuyo, s/f.). Desde el punto de vista jurídico nuestro Código Civil señala que la madre siempre es conocida, es decir la mujer que gesta, es la madre de la criatura que alumbró.

No obstante, en la actualidad el desarrollo científico y, en especial, el desarrollo de técnicas de reproducción humana asistida ha dado origen a nuevas formas de maternidad y con ello un nuevo enfoque

en los parámetros tradicionales que definen este concepto. Si bien es cierto que existen diferentes tipos de TERAS, para la presente investigación solo se abordará la TERA de la maternidad subrogada.

En ese sentido, la doctrina ha utilizado diferentes términos, tales como gestación por sustitución, maternidad subrogada, alquiler de útero, vientre de alquiler, maternidad portadora, entre otros términos que hacen referencia a la solicitud que realiza una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, evidenciando una realidad que se torna cada vez más común y que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas o parejas que se ven impedidas de concebir y/o gestar por ellos mismos (López y Aparisi, 2012, p. 257).

Como contrapartida, a lo ya descrito Arambula (2008), señala que no sería correcta la denominación de maternidad subrogada en aquellos casos en los que la mujer gestante conceda no solo su vientre, sino también aporta sus óvulos para la gestación de un niño en favor de otra mujer o de una pareja.

Por otro lado, Scotti (2012) la describe de la siguiente forma:

En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer

en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima. (p. 275)

De lo anterior se desprende que no existe consenso alguno en cuanto a la denominación o terminología a utilizar. Esta situación podría obedecer, fundamentalmente, a las implicancias éticas, psicológicas, religiosas, jurídicas y socioculturales que se desprenden de dicha técnica, lo cual es un obstáculo para la unificación de la nomenclatura.

En ese sentido, Arámbula (2008) subraya la importancia de considerar:

Una definición que contemple los elementos necesarios que permitan describir con claridad qué es la maternidad subrogada, quienes pueden participar de ella y a través de qué mecanismo se establecerán las obligaciones de las partes, (...) pues lo que se pone en juego no es una cosa sino la vida y futuro de un bebé y de los involucrados, al cual el Estado protege mediante sus cuerpos jurídicos (p. 35).

Por su parte, Hurtado (1999) afirma que la maternidad subrogada es “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento” (p. 54). Asimismo, en la definición que dan Pedro Silva Ruiz y Jaime Vidal sobre la maternidad subrogada señalan que “es el caso de la mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado y gestar y dar a luz el hijo que una vez nacido será entregado al dador de semen y su esposa” (Delgado, p. 806).

### 2.4.3. Marco normativo internacional

Ahora bien, en lo referente al ámbito internacional no existe uniformidad en el tratamiento jurídico respecto de la maternidad subrogada, mientras algunos países la prohíben otros la admiten, pero bajo ciertos requisitos y solo cuando es altruista.

Conforme establece Lamm (2012), en el Derecho comparado se distinguen tres posturas sobre dicha materia, estas son: prohibición de la gestación por sustitución, admisión solo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones, y admisión amplia (p. 11). A continuación, veamos algunos países con cada una de las posturas:

**Alemania:** Sigue siendo uno de los pocos países europeos donde los vientres de alquiler o maternidad subrogada están completamente prohibidos. Conforme a la Ley alemana de protección del embrión, N.º 745/90 del 13 de diciembre de 1990, en su artículo 1 señala la utilización abusiva de las técnicas de reproducción:

Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.

**España:** En este país existe la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su artículo 10.1 refiere: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la

gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

Por consiguiente, los marcos normativos de estos países sostienen la postura de prohibición y la declaración de nulidad de todos los acuerdos de gestación por sustitución en el caso de España.

**Israel:** Cuenta con la Ley 5746 de 1996, Ley de contratos de alquiler de vientres; respecto a esto, Scotti (2012) señala lo siguiente:

La ley desarrolla un proceso basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, no obstante, se debe contar previamente con la aprobación del Comité gubernamental el cual validará o no el cumplimiento de los requisitos exigidos a las partes. (p. 281)

Algunos requisitos que la ley exige son los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre, la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación, los embriones deben haberse creado *in vitro* con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente, entre otros.

**Grecia:** Este país cuenta con las leyes 3089/2002 y 3305/2005. Si bien estas dos leyes regulan la maternidad subrogada, según Scotti (2012), la “Ley 3089/2002 sobre asistencia médica de la reproducción humana es la que precisa acerca de los requisitos a los que se encuentran sometidas las partes y que posteriormente fueron incorporados al Código Civil en los siguientes términos” (p. 282). En ese sentido, el citado Código Civil precisa:

**Artículo 1458.** La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada (...).

**Artículo 1459.** Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico, antes del comienzo de la asistencia médica, que los gametos congelados o los embriones congelados que no le sirvan a la procreación.

Acorde con lo ya mencionado, los países de Israel y Grecia admiten la maternidad subrogada solo cuando es altruista y/o bajo ciertos requisitos y condiciones. Por último, veamos la tercera postura de admisión amplia, los países que se acogen a esta postura consideran a la maternidad subrogada como una práctica legal, entre los cuales tenemos:

**México:** La maternidad subrogada ha sido regulada en estados como Tabasco y Sinaloa; en el caso de Tabasco su Código Civil en el artículo 92 señala el deber de reconocer al hijo:

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

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que este haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Por su parte, el estado de Sinaloa cuenta con un Código Familiar, mediante el Decreto N° 742, el cual en su capítulo V de la Reproducción Humana asistida y la Gestación Subrogada; en el artículo 283 define a la maternidad subrogada de la siguiente manera:

Se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento. Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

**Rusia:** Regula la maternidad subrogada en su Código de Familia de la Federación de Rusia y la Ley Federal de Salud. (*Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health*, núm. 323-FZ), aprobada en noviembre de 2011. El Código de Familia, en su artículo 51, hace referencia sobre la inscripción de los padres del niño en el registro de nacimientos, en el punto 4 dispone:

Personas que estén casadas y que hayan dado su consentimiento por escrito para el uso del método inseminación artificial o implantación de un embrión, si tienen un hijo en el resultado de la aplicación de estos métodos son registrados por sus padres en el registro de nacimientos. Personas que están casadas entre sí y han dado su consentimiento por escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de llevarlo, los padres del niño sólo pueden registrarlo con consentimiento de la mujer que dio a luz a un niño (madre sustituta).

Por otro lado, en Latinoamérica no han sido ajenos los intentos de regulación sobre esta materia, dentro de los cuales se puede señalar:

**Argentina:** No existe una ley que regule la maternidad subrogada. No obstante, se han presentado varios proyectos de ley como el de la Regulación de la Técnica de Gestación Solidaria 5700-D-2016 (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, s/f.a), presentada en el año 2016, que consiste en el compromiso que asume una persona llamada gestante, de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja sin que exista vínculo de filiación alguna. El otro proyecto de ley es el 5759-D-2016 (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, s/f.b) de gestación por sustitución, que destaca el carácter comercial de la gestación por sustitución. La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida siempre y cuando solo se para compensar gastos médicos, asesoramiento legal, entre otros. El Proyecto de Ley 3202-2017 (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, s/f.c), presentado en junio de 2017, el cual modifica algunos artículos del Código Civil y Comercial, incluyendo la gestación subrogada. El Proyecto de Ley 3765-D-2017 (Cámara de Diputados de la Nación Argentina, s/f.d), presentado en el mes de julio del 2017, establece la autorización judicial para la gestación por sustitución y en caso de carecer de esta, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza previstas en el Código Civil y Comercial. Por último, en el año 2020 se presenta el Proyecto de Ley S-1429/2020, el cual tiene por finalidad garantizar el interés superior

de los niños que nacen mediante un procedimiento de gestación por sustitución.

**Colombia:** En el año 2001 el Senado de la República de Colombia presentó el Proyecto de Ley 151/2001, mediante el cual “se modifican los Códigos Civil y Penal en lo referente a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, manipulación genética, se dictan normas sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, y otras disposiciones”. En el año 2016 se presentó un Proyecto de Ley Estatutaria mediante el cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica. Luego, en el año 2017 se presentó el Proyecto de Ley 88, Ley Lucía, la cual reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y en su Capítulo IX establece disposiciones sobre el uso solidario de vientre. Finalmente, en el año 2020 existe un proyecto de Ley Estatutaria S/N de 2020 Senado, por medio de la cual se crea el tipo penal que sanciona a quien constriña a la mujer a la maternidad subrogada con fines de lucro y se prohíbe su práctica. Por consiguiente, se puede decir que no existen normas legales en Colombia que regulen el tema de maternidad subrogada, pero por su relevancia puede citarse la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> La sentencia dice relación con una pareja formada por Salomón, colombiano y Raquel, que contactan a una mujer colombiana, Saraí, para gestionar el alquiler del vientre, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasa y Saraí no queda embarazada. Por lo anterior, el hombre se dirige al Valle del Cauca, donde vive Saraí y después de un tiempo de conocerse concibieron dos gemelos a través del proceso de fertilización in vitro. La madre registró a los menores, ya que el padre no estaba en el país en el momento del parto. A partir de esto, empezó un camino de enfrentamientos, denuncias y demandas, que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre, ya

**Brasil:** Este país tampoco cuenta con un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada; sin embargo, se rigen sobre las bases de normas éticas, en donde las partes involucradas en un proceso de procreación artificial cuentan con las resoluciones del Consejo Federal de Medicina (CFM). En la Resolución N.º 1.957/2010, emitida por el Consejo Federal de Medicina, se adoptan las normas éticas para la utilización de técnicas de reproducción asistida, mediante la Resolución del Consejo Federal de Medicina Nº 2.121/2015 se puede realizar de forma altruista; por último, el Consejo Federal de Medicina emitió la Resolución 2168 del 21 de septiembre de 2017, a través de la cual se establecieron una serie de lineamientos que deben cumplirse a la hora de celebrarse un contrato de maternidad subrogada.

**Perú:** Al igual que en los anteriores países ya señalados, Perú tampoco cuenta con un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada; sin embargo, tenemos a Ley General de Salud (Ley N° 26842), la cual en su artículo 7º refiere que las técnicas que reproducción asistida es un derecho que tiene una persona para tratar su infertilidad y procrear mediante las mismas, siempre y cuando el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante. Por lo que se puede deducir que la citada norma contiene una

---

que el Juez Décimo de Familia considero que “a) entre Salomón y Saraí, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. b) Saraí después de recibir una alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. c) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.

prohibición tácita, porque si bien es cierto no se prohíbe la reproducción asistida, pero se impone un límite en cuanto a la identidad entre madre genética y madre biológica, lo cual descarta la posibilidad de recurrir a una madre sustituta.

Asimismo, se puede señalar los intentos jurídicos por regular el tema de maternidad subrogada, entre ellos tenemos: Proyecto de Ley N.º 2003/2012-CR, este proyecto de ley propone modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, referida al uso de las técnicas de reproducción humana asistida (las personas con problemas de infertilidad pueden recurrir al uso de las técnicas de reproducción humana asistida heteróloga y a la maternidad subrogada); el Proyecto de Ley N.º 1722/2012-CR, este proyecto de ley propone regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, la prevención y el tratamiento de enfermedades de origen genético, así como la utilización de gametos y embriones humanos crio conservados; el Proyecto de Ley N.º 2839/2013-CR, este proyecto de ley también propone modificar el artículo 7 de la Ley N.º 26864 - Ley General de Salud e incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista; por último, tenemos al Proyecto de Ley N.º 3404-2018-CR, el cual fue recibido por el Congreso de la República de Perú en el área de trámite documentario con fecha 18 de setiembre; dicho proyecto de ley regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre. Además, dicho proyecto también busca modificar el artículo 7 e incorporar el artículo 7-A a la

Ley N.º 26842, Ley General de Salud, con la finalidad de evitar vacíos legislativos.

En ese sentido, es importante señalar la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, en diciembre de 2011, la cual sería la primera resolución de este órgano en relación con la maternidad subrogada, donde además se definió aspectos referidos a la filiación del menor y el interés superior del niño<sup>5</sup>.

Finalmente, se puede concluir que la tendencia en el Derecho comparado, según afirma Lamm (2012), es hacia la regulación y la flexibilización “muchos ordenamientos están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente y, consecuentemente, el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo” (p. 18).

#### **2.4.4. La maternidad subrogada como una forma de garantizar la formación de una familia**

La técnica de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada es una práctica médica que ha llegado a obtener gran importancia tanto para los derechos constitucionales como para los

---

<sup>5</sup> El caso en discusión describía a una pareja que tomó la decisión de encargar a una mujer la gestación de un niño que después de nacido debía ser entregado a la pareja comitente (contratante). Este acuerdo fue convenido con el pago de una determinada suma de dinero en favor de la mujer gestante. La fecundación se realizó con el gameto del esposo comitente y el de la mujer gestante, razón por la que, genéticamente, él era el padre del niño concebido y la mujer subrogada era la madre. Una vez nacido el bebé (fue una niña), esta fue entregada a la pareja contratante, quienes iniciaron un proceso de adopción por excepción para que legalmente se constituyera la filiación a su favor; sin embargo, la madre genética o madre subrogada y su pareja se arrepintieron de finalizar el proceso y desistieron de continuar con la adopción. Luego de una serie de demandas y recursos en contra de la adopción, la Corte Suprema determinó que todas las causales carecían de sustento, “(...) y basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado”.

derechos reconocidos internacionalmente; sin embargo, no es una práctica que ha sido regulada por el ordenamiento jurídico peruano.

En Perú, según los datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI):

La tasa global de fecundidad (TGF) que expresa el número promedio de hijos por mujer durante su vida reproductiva para el año 2020 se estima en 2,2 hijos/as por mujer. Entre los años 1950 y 2020, la tasa global de fecundidad disminuyó de 7 hijos a 2,2 hijos por mujer.

Lo señalado demuestra el decrecimiento de embarazos por diversas razones, incluida la infertilidad.

Ahora bien, si analizamos nuestra Constitución Política y los derechos que esta protege y garantiza, si es posible que se puede regular la maternidad subrogada, ya que su único fin sería ser un método alternativo que facilite a las mujeres infértiles ser madres que, por cualquier situación, no puedan concebir hijos y así tener la posibilidad de constituir o formar una familia. En el Perú existe una clara necesidad de regular dicho tema mediante una ley específica.

Autores como Rolando Humberto Canessa han elaborado un anteproyecto de ley para la regulación de la filiación en la reproducción humana asistida en su tesis del año 2011. También el congresista Tomás Zamudio Briceño presentó el proyecto de Ley N.º 1722/2012-CR para la regulación de la reproducción asistida. Pero, a pesar de

varios intentos, aun en la actualidad la maternidad subrogada no se encuentra regulada en nuestro país.

A continuación, nos referiremos al acto jurídico de manera muy específica porque nos va a servir para definir el tipo de acto jurídico que se da en la maternidad subrogada.

## **2.5 ACTO JURÍDICO**

Antes de desarrollar el tema, es importante hacer hincapié y distinguir que hecho y acto jurídico tienen significados diferentes; sin embargo, estamos ante una relación de género y especie. Un hecho jurídico es un acto u omisión proveniente de la naturaleza o del ser humano, cuya reacción estará ligada al ordenamiento jurídico, es por ello que como consecuencia puede crear, regular, modificar, extinguir o sustituir relaciones jurídicas. El acto jurídico, en sentido estricto, constituye el instrumento por el cual se concreta la autonomía privada del ser humano, con ello estos tienen la libertad de celebrar actos jurídicos legítimos bajo las normas de nuestro ordenamiento jurídico.

### **2.5.1. Definición**

Es el acto humano, voluntario, lícito y con manifestación de voluntad destinada a producir directamente efectos jurídicos consistentes en crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, esto conforme al artículo 140 del Código Civil peruano o también situaciones jurídicas (casado, soltero, vendedor, etc.). Cabe decir que el acto jurídico es la

manifestación de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos que el ordenamiento reconoce y tutela.

Asimismo, en la teoría del acto jurídico este tiene como fin promover la conceptualización de acto jurídico en sentido estricto y, a su vez, exponer el importante rol que ocupa la voluntad privada dentro de las relaciones jurídicas personales, es decir, establecer cuándo estamos ante una manifestación de voluntad, cuáles son las características y los requisitos para su validez. Es por ello que hoy en día conocemos el acto jurídico como aquel hecho que involucra directamente al ser humano, en el cual se evidencia libertad, licitud y manifestación de voluntad consignada a producir efectos jurídicos con el propósito de crear, modificar, regular o extinguir relaciones y situaciones jurídicas bajo lo reconocido y permitido por el ordenamiento legal. Lo mencionado líneas *ut supra*, faculta al sujeto de derecho a desarrollarse libremente en la sociedad, disponiendo y actuando en virtud de sus intereses, por ejemplo, puede celebrar actos jurídicos patrimoniales (contrato de compra y venta de bienes muebles o inmuebles), contraer matrimonio, ejecutar voluntariamente diversas prestaciones, constituir personas jurídicas, entre otros.

Por su parte, Torres (2021), en su artículo titulado *¿Qué es el acto jurídico?* define a este como:

Toda manifestación de voluntad dirigida a provocar efectos jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico, lo que implica, asignar a la voluntad de los particulares un papel dominante dentro del Derecho privado. Pues en el origen de la teoría del acto jurídico encontramos el dogma de la voluntad que enaltece la libertad individual, partiendo de la ideología del “Ochocientos”

desarrollada después de la Revolución francesa que otorgó la importancia al individuo y a sus derechos. (p. 2)

Debemos tener presente que frente a este tipo de actos es esencial e importante la existencia de conciencia y libre decisión de la voluntad, actuar bajo el completo funcionamiento de las facultades mentales. Asimismo, para efectivizar un acto jurídico propio se requiere que la acción del sujeto de derecho sea jurídicamente válida y exteriorizada, puesto que la sola intención no configura un acto jurídico.

### **2.5.2. Características**

El acto jurídico, como hemos venido acotando precedentemente, denota ciertas particularidades que, concatenadas entre sí, constituyen indubitablemente un hecho con efectos jurídicos inmediatos, por lo que dentro de las principales características tenemos las siguientes:

**A. Es un hecho o acto humano:** Es decir, necesariamente se requiere el raciocinio y actuar de una persona que exteriorice su voluntad en cuanto a relaciones jurídicas como, por ejemplo, contratos, prestaciones, etc.

**B. Es un acto voluntario:** Porque el ser humano tiene la libertad de realizar o no un acto jurídico, además, este decide cómo, cuándo y dónde celebra el mismo, sin estar bajo el dominio o la sujeción de ningún otro sujeto de derecho. Sin embargo, para estar ante esta figura, el acto tiene que haberse ejecutado cumpliendo los tres elementos internos de la voluntad: discernimiento, intención y libertad,

así como el elemento externo de declaración o manifestación expresa. Demandar certeza y celeridad coadyuba a que el ordenamiento jurídico pueda considerar la voluntad del sujeto y regular su actuar. Por su parte, Torres (2021) afirma: “El acto jurídico vincula a las partes que lo celebran, con este, nacen normas jurídicas particulares dentro de los límites formales y materiales señalados por las normas legales imperativas, el orden público y las buenas costumbres” (p. 3).

Asimismo, Hurtado (1991), en su libro *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, manifiesta que:

La voluntad del individuo es el resorte que mueve y da vida al derecho, puesto que este es un producto social encargado de regular la conducta humana, teniendo en cuenta que la voluntad tiene un valor preponderante en el derecho objetivo. (p. 7)

**C. Es un acto lícito:** En cuanto la acción está acorde a la normatividad vigente y, a su vez, considerado como un acto moral y éticamente justo dentro de los parámetros de las buenas costumbres; es por ello que la voluntad expresa del actor debe adecuarse al ordenamiento jurídico, caso contrario, dicho acto será nulo, es decir, no tiene que ser contrario al ordenamiento jurídico y tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos, el cual es relevante cuando es manifestado al exterior (Torres, 1998). Haciendo hincapié que lo esencial del acto jurídico está en la voluntad manifestada, razón por la que un acto realizado sin voluntad es nulo conforme al artículo 219.1 del Código Civil o, en el caso se haya realizado con voluntad, pero esta adolece de vicios, el acto es anulable. Por ende, los actos jurídicos dependen de la voluntad del sujeto y para la presente investigación de la voluntad procreacional de la mujer infértil y, en este caso, su deseo de ser madre.

**D. Tiene por fin inmediato producir efectos jurídicos:** Esta es una de las características más importantes del acto jurídico, porque permite diferenciarlo de otros actos que también son voluntarios y pueden ser lícitos o ilícitos; por ende, al crear, modificar, regular o extinguir situaciones jurídicas, este desempeña funciones sociales y económicas entre las partes.

### 2.5.3. Clases

Los actos jurídicos se pueden clasificar en:

**A. Actos formales o informales:** Si está ligado a las formalidades establecidas y contempladas por la ley o bien, su posible validez no está sujeta a la solemnidad.

**B. Actos individuales o colectivos:** Si son efectuados por una sola persona o, por el contrario, se producen por la intervención de varias personas.

**C. Actos positivos o actos negativos (omisión o abstención):** Si generan un cambio en la vida social o si consisten en la inactividad de una persona.

**D. Actos libres o debidos:** Si se llevan a cabo por la propia voluntad de la persona o si, en cambio, se realizan en cumplimiento de un deber.

**E. Actos con efecto material o de comunicación social:** Si influyen a un objeto del mundo exterior o si, por el contrario, se dirigen a otras personas.

**F. Actos gratuitos u onerosos:** Si la obligación concierne a una única persona, sin importar cuántas estén involucradas o si existen obligaciones recíprocas.

## **CAPÍTULO III**

### **CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

La presente investigación se centra en demostrar la hipótesis: Los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, que garantice los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, son; Tutelar la dignidad de la mujer infértil, Proteger la plena vigencia de los derechos humanos como deber del Estado peruano y La protección constitucional del derecho a la familia y el acceso del derecho a la salud de la mujer infértil.

#### **3.1 Aspectos preliminares en la demostración Hipotética**

Antes de abordar los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, que garantice los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, desarrollaremos primero la contribución del marco iusfilosófico para la presente investigación.

En ese sentido; la hipótesis que se pretende demostrar en la tesis doctoral se encuentra directamente relacionado con los derechos fundamentales, los cuales tienen sustento en el paradigma del Estado constitucional de Derecho, entendido este como aquella sociedad donde rige el principio de supremacía constitucional, es decir, la Constitución como norma fundamental, la cual no solo debe reconocer los derechos fundamentales de las personas, sino garantizarlos plenamente. Conforme al artículo 44 de nuestra Constitución Política del Perú, deber primordial del Estado.

En ese sentido, cuando los derechos no disponen de garantías primarias y secundarias, lo correcto no es negar la existencia de los derechos, sino que

debe criticarse la ausencia de garantías por el ordenamiento jurídico, como señala Ferrajoli, porque un derecho sin garantías es poco más que un derecho en el papel ya que éstas son mecanismos de protección de los derechos fundamentales. Por ende, se le debe exigir al Estado crear las condiciones necesarias para la tutela y/o protección de los derechos fundamentales, los cuales vendrían a ser derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos.

En ese orden de ideas, la tesis se explica a partir de la teoría formal o estructural de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, quien distingue dos tipos de garantías de los derechos: las primarias y las secundarias. Las garantías primarias serían garantías legales, mientras que las secundarias, jurisdiccionales. Las garantías primarias comprenderían las obligaciones que, en materia de derechos fundamentales, las normas imponen al legislador (e indirectamente a la administración). Las secundarias, por su parte, estarían constituidas por los deberes que, también en relación con los derechos, las normas encomiendan a los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, en referencia a la dignidad de la mujer infértil, se debe comprender que los derechos humanos vienen a ser el conjunto de prerrogativas que tienen su sustento en la dignidad humana, que en este caso será la dignidad de la mujer infértil cuya realización efectiva resulta indispensable para su desarrollo integral como persona, es decir, el desarrollo integral de sus derechos como a formar una familia, a la salud y sus derechos reproductivos; todos estos deben de contar con garantías primarias y secundarias conforme a lo señalado por Ferrajoli; porque su garantismo es entendido como el conjunto de los límites al sistema de

poderes, como un vínculo idóneo para asegurar la máxima efectividad de los principios constitucionales y también basado en la igualdad jurídica.

En lo referente a los derechos fundamentales directamente relacionados con la tesis, esto es, el derecho a formar una familia, a la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil. El primer derecho concebido como aquella institución natural y fundamental de la sociedad, reconocido así en el artículo 4 de la Constitución Política, por tanto, se requiere la protección por parte del Estado. El segundo derecho a la salud, recogido en el artículo 7 del referido cuerpo normativo, refiere que “todos tienen derecho a la protección de su salud”, por su parte el artículo 9 del mismo cuerpo legal establece que el Estado determina la política nacional de salud. Por consiguiente, es una responsabilidad primaria del Estado promover las condiciones que garanticen la cobertura de prestaciones de salud en este caso de las mujeres infértiles.

Por último, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil, como parte del derecho a la salud, vienen a ser una precondition para el proyecto personal de todo ser humano - mujer infértil; en otras palabras, estos derechos que deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas dentro de un ordenamiento jurídico y, por tanto, es fundamental acceder a los servicios asistenciales para el pleno y efectivo goce del derecho a la salud, porque decidir sobre el cuerpo, la sexualidad y la reproducción implica autonomía.

Dentro de este marco, es obligación del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; así pues, y conforme a los criterios que

señala Ferrajoli (2005) en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, se identifica cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio. En el primer criterio se señala el vínculo entre los derechos fundamentales y la igualdad, lo que significa que un derecho fundamental debe asegurar la igualdad entre las personas y la no discriminación. El segundo criterio refiere el nexo entre los derechos fundamentales y la democracia, aquí Ferrajoli (2005) formula cuatro clases de derechos: políticos, civiles, de libertad y sociales, los mismos que se configuran como la base de la democracia. El tercer criterio consigna el vínculo entre los derechos fundamentales y la paz, en donde se debe garantizar como derechos fundamentales todos los derechos vitales por ser una condición necesaria de la convivencia pacífica. Por último, en el cuarto criterio, señala el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil (mujeres infértiles).

### **3.2 Los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, a fin de que garantice los derechos reproductivos de las mujeres infértiles**

De lo desarrollado en la presente investigación y con la información doctrinaria expuesta, se ha podido contrastar la hipótesis planteada de la siguiente manera:

#### **3.2.1. Tutelar la dignidad de la mujer infértil**

Nuestro artículo 1 de la Constitución Política del Perú refiere: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

De dicho artículo se desprenden dos puntos esenciales; por un lado, se tiene a la dignidad de la persona humana y, por el otro, la finalidad del Estado y de la sociedad. En referencia a la dignidad Gonzales (1986) señala: “(...) la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social” (p. 20); entonces con base en ello se puede decir que la dignidad es un valor inquebrantable que posee toda persona, en otras palabras, que todos los seres humanos somos poseedores de una dignidad, sin ningún tipo de distinción.

Por otro lado, se señala que la finalidad no solo es del Estado peruano, sino también de la sociedad, es decir, tanto el Estado como la sociedad tienen la obligación de tutela y respeto a la dignidad de la persona humana.

En ese sentido, se puede apreciar que la dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de partida por nuestra CARTA MAGNA y su realización vendría a ser la aspiración máxima para los Estados constitucionales de los que forma parte el nuestro.

Además, la dignidad de la persona humana no solo se encuentra reconocida en el ordenamiento jurídico nacional, sino que también cuenta con un marco legal internacional, de donde se desprende que la dignidad es inherente a todas las personas. Mediante la Resolución N.º 1417-2005-PA/TC, en el caso Manuel Anicama, nuestro Tribunal Constitucional dio a conocer que el Capítulo I y el Título I de la

Constitución reconocen al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales y de enumerar a buena parte de ellos en su artículo 2, prevé, además, en su artículo 3 que dicha enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional. Por su parte, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, comúnmente denominada Carta de Niza, evidencia el reconocimiento paulatino que ha tenido la tutela de estos. Al respecto, la Carta reconoce por primera vez a la dignidad como valor individual y social.

Ahora, con respecto de la dignidad de la mujer infértil (caso peruano) que desea ser madre, pero no logra su objetivo porque existe la Ley General de Salud, la cual en su artículo 7 señala taxativamente “la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, como contrapartida a ello se puede apreciar que la tutela de la dignidad de la persona humana ha sido colocada como punto de referencia por nuestra Constitución y, por ende, vendría a ser la aspiración máxima para los Estados constitucionales de los que forma parte el Estado peruano, mismo que es el llamado a ser garante de nuestros derechos fundamentales basados en la dignidad de la persona.

En ese sentido, podríamos decir que el principio de dignidad humana en el caso de la mujer infértil se halla vulnerado por la mencionada ley, porque se le estaría negando su maternidad, la cual debe ser

entendida más que como un mero dato biológico, porque es la mujer la llamada a dar a luz, dar vida, vida biológica y, por tanto, merece un respeto incondicionado.

En ese mismo orden de ideas, en pleno siglo XXI se ofrece a las mujeres diferentes alternativas de vida como, por ejemplo, estudiar, trabajar, ser empresarias, entre otras. La idea que se tenía sobre maternidad también ha cambiado con el transcurso de los años, pero no hay duda de que para muchas mujeres sigue siendo un sueño, un anhelo y, sobre todo, un proyecto de vida, entendido este como un plan que una persona se va a trazar para poder lograr sus objetivos vitales, lo que le da coherencia a la existencia misma de la persona. Entonces, ¿qué pasa cuando las mujeres infértiles ven negado y/o truncado su proyecto de vida de ser madres, el de conformar una familia? Podríamos concluir que dicho grupo de personas ha perdido de alguna manera su dignidad al sentirse aislado, discriminado por la sociedad y el Estado, porque no olvidemos lo que la Constitución señala que tanto el Estado como la sociedad tienen como fin primordial velar por el respeto de la dignidad de la persona; sin embargo Pero, en la realidad peruana se muestra todo lo contrario cuando no se garantizan los derechos reproductivos de la mujer infértil y, por tanto, no se está consiguiendo el ejercicio de su dignidad; lo dicho se justifica en que dignidad humana significa que un individuo (mujeres infértiles) siente respeto por sí mismo y se valora, al mismo tiempo que es respetado y valorado (sociedad y estado), esto implica

que este grupo de personas debe ser tratado con igualdad y que estén en la capacidad de gozar a plenitud de sus derechos fundamentales.

### **3.2.2. Proteger la plena vigencia de los derechos humanos como deber del Estado peruano**

Debe señalarse que nos encontramos frente a un Estado constitucional Derecho en el que se inicia la revaloración del concepto “Constitución” y de la necesidad de convertirlo en el parámetro fundamental de la convivencia; además, se lo puede definir con base en tres elementos: la supremacía del texto constitucional, el control y la limitación del poder, y el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales, derechos que están plasmados en nuestra CARTA MAGNA.

En tal sentido, el primer párrafo del artículo 44 de nuestra Constitución Política establece los deberes primordiales del Estado peruano, entre los cuales está “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos”, ¿pero, qué se entiende por primordial?, se podría señalar que viene hacer uno de los fundamentos para la existencia del Estado peruano, en donde, su deber es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Cabe destacar que este deber estatal de protección hacia los derechos fundamentales va de la mano con el constitucionalismo garantista desarrollado por Luigi Ferrajoli.

Por otra parte, ese deber primordial del Estado peruano se puede apreciar desde dos puntos de vista; por un lado, se tiene a la cláusula

de apertura de derechos consagrada en el artículo 3 y, por otro lado, la cláusula de apertura interpretativa consagrada en la cuarta disposición final y transitoria de la Carta Fundamental de 1993. Entonces, si uno de los deberes primordiales del Estado peruano es garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, por tanto, se debe consagrar la máxima protección posible, ya sea desde la cláusula de apertura como del criterio de interpretación.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha jugado un rol muy importante para el Perú en lo referente a cómo el Estado ha enfrentado el terrorismo, los conflictos sociales y los derechos de los pueblos indígenas; temas que se centran en la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales en nuestro país, los cuales fueron y siguen siendo evaluados a partir de los estándares desarrollados por la Comisión y la Corte interamericanas; lo cual ha contribuido a fortalecer el Estado constitucional de Derecho y, junto con ello, poder mejorar la tutela de los derechos fundamentales.

Es por ello que una interpretación restringida del contenido y la protección de los derechos fundamentales sería incompatible con el deber primordial del Estado peruano; si apelamos a un ejemplo de que una de las autoridades nacionales incumple una sentencia de la Corte Interamericana, dicha acción no se ajustaría a ese deber

primordial de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, pues se trata de un ámbito importante de tutela de los mismos.

Regresando al caso peruano, es nuestro Tribunal Constitucional a quien se le ha confiado la defensa del principio de supremacía constitucional, es decir, como supremo intérprete de la Constitución; en ese sentido, es quien se encarga de cuidar las leyes, los órganos del Estado y, por ende, de no vulnerar lo dispuesto por ella. Dicho órgano constitucionalmente autónomo interviene para restablecer el respeto de la Constitución en general y de los derechos constitucionales en particular; sin embargo, no se ha pronunciado con respecto al artículo 44 de la Constitución, solo hace mención a este en el Pleno, Sentencia 359/2020-TC, en el caso de la ley que suspende el cobro de peajes, en la parte de los antecedentes, específicamente en el punto b.2, donde señala lo siguiente: “El artículo 44 de la Constitución consagra el deber de que el Estado actúe permanentemente con el fin de satisfacer el bien común, es decir, todos los órganos del Estado deben cumplir su obligación de promover el bienestar general”. Nuestro máximo intérprete solo se ha limitado a establecer que la finalidad del Estado es lograr el bien común, pero el artículo 44 abarca mucho más que eso.

Entonces, ¿qué nos da a entender el artículo 44 de la Constitución respecto de los derechos reproductivos de las mujeres infértiles? Del texto constitucional se puede extraer que el Estado peruano tiene la

obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, y para el caso en concreto tendría la obligación de proteger y/o tutelar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles y con ello garantizar los demás derechos conexos como el derecho a formar una familia, derecho a la salud de la mujer infértil, derechos sexuales y esencialmente garantizar el respeto de la dignidad de la mujer infértil en el Perú.

En ese sentido, es obligación del Estado y del Gobierno promulgar y aplicar leyes para que las mujeres infértiles puedan ejercer sus derechos reproductivos y demás conexos, incluyendo leyes para evitar que se conculquen los derechos fundamentales de este grupo de personas. Dicha obligación de proteger exige además al Estado peruano regular el tema de maternidad subrogada, porque caso contrario se estaría violando los derechos fundamentales de las personas - mujeres infértiles.

En relación con la problemática expuesta, a continuación, se desarrolla la protección constitucional de la familia y cómo la maternidad subrogada vendría a ser la única opción por la cual las mujeres infértiles pueden llegar a ser madres y, de esta manera, formar una familia, y consecuentemente dar cumplimiento a su proyecto de vida.

## **A. Derecho a la familia**

Nuestra CARTA MAGNA tutela el derecho a la familia en el artículo 4, el mismo que resguarda especialmente a la familia y a la promoción del matrimonio, es por ello que dicho artículo señala: “La comunidad y el Estado protegen especialmente (...) a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (...)”. Pero en este punto nos enfocaremos a analizar el derecho a formar una familia.

De las doce constituciones que ha tenido el Perú, fue la Constitución de 1933 la que por vez primera reconoció de manera expresa la tutela de la familia, siendo, además, que la Constitución de 1979 define a la familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”; por último, se tiene a nuestra actual Constitución Política que resalta la “protección a la familia” y la “promoción del matrimonio”. De ello resulta necesario decir que la protección a la familia se ha dado desde los años treinta y, además, tal como se puede apreciar, se encuentra tutelada en nuestra CARTA MAGNA, la cual es el pilar del Estado constitucional de Derecho.

De la misma manera, el derecho a formar una familia no solo está contemplado en nuestra ley fundamental, sino también en constituciones como las de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela. Asimismo, el derecho a formar una familia también se encuentra contemplado en la

legislación internacional, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Ahora bien, si bien es cierto que nuestra Constitución Política no hace alusión de manera explícita al derecho a formar una familia, no se puede negar que de forma indirecta aborda el tema en su artículo 4, el cual señala que el Estado protege a la familia. En todo caso artículo 3 establece una puerta abierta a los derechos no mencionados.

En síntesis, el derecho a formar una familia constituye un derecho complejo, pues está íntimamente relacionado con otros derechos como son el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a los derechos reproductivos de las personas y, sobre todo, a decidir si se quiere o no tener hijos. Cabe resaltar que el derecho a formar una familia no requiere de la existencia previa de un matrimonio, puede estar fundada o no en este. En consecuencia, el derecho constitucional a formar una familia exige al Estado garantizar su acceso, ya que para muchas personas el poder conformar una familia es uno de los objetivos centrales de su vida y nuestro Estado está en la obligación de tutelar, respetar y proteger dicho derecho constitucional.

En ese orden de ideas, cómo logran las mujeres infértiles formar una familia si por un lado la infertilidad en el Perú no se encuentra considerada como una enfermedad importante para el ámbito de la salud pública y, por el otro, las mujeres infértiles no pueden recurrir a

la técnica de maternidad subrogada, debido a que el artículo 7 de la Ley General de Salud la prohíbe de manera tacita. Sin duda alguna, la problemática de las mujeres infértiles en el Perú también implica una desigualdad para este grupo de personas y, por tanto, estarían siendo discriminadas. Para revertir dicha situación es necesaria la regulación de la maternidad subrogada y la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud, a partir de ello se podrá garantizar todos los derechos inmersos en la presente problemática.

#### **B. La maternidad subrogada como forma una forma de garantizar la formación de una familia**

Como bien se señaló anteriormente, la técnica de la maternidad subrogada no se encuentra contemplada en nuestro Estado peruano y está prohibida de manera tacita por la Ley General de Salud. Por otro lado, dicha técnica también puede ser considerada como un derecho reproductivo y, por tanto, se estaría garantizando de esta manera la formación de una familia, lo que para el caso el concreto significa ver cumplido el anhelo de la mujer infértil de ser madre y así lograr su proyecto de vida. Dicha técnica data aproximadamente del año de 1976 en donde se dio el primer acuerdo de maternidad subrogada, en el cual el abogado Noel Keane creó en Michigan la Surrogate Family Service inc., pero ¿qué entendemos por maternidad subrogada?, se puede señalar que se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. No obstante, en la actualidad el

desarrollo científico y en especial el desarrollo de técnicas de reproducción humana asistida han dado origen a nuevas formas de maternidad.

Por otro lado, la doctrina ha utilizado diferentes términos como gestación por sustitución, maternidad subrogada, alquiler de útero, vientre de alquiler, entre otros; pero finalmente se hace referencia a la solicitud que realiza una mujer para gestar en su vientre a un hijo que será de quien lo haya solicitado, lo que representa una alternativa de solución a la maternidad y/o paternidad de personas infértiles.

Ahora bien, en el ámbito internacional hay países que la prohíben, mientras otros la admiten, pero bajo ciertos requisitos y solo cuando es altruista. Alemania, por ejemplo, es uno de los pocos países europeos donde los vientres de alquiler o maternidad subrogada están completamente prohibidos, incluso es sancionada con tres años de pena privativa de la libertad la persona que transfiera a una mujer el óvulo de otra. En España es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Como contrapartida a lo anteriormente señalado, Israel cuenta con la Ley 5746 de 1996- Ley de contratos de alquiler de vientres, basada en el establecimiento de la filiación mediante la adopción. Asimismo,

Grecia cuenta con las leyes 3089/2002 y 3305/2005 que regulan la maternidad subrogada. Estos dos países admiten la maternidad subrogada solo cuando es altruista y/o bajo ciertos requisitos y condiciones. Por su parte, países como México (Tabasco y Sinaloa) y Rusia, que cuenta con un Código de Familia, regulan la maternidad subrogada como una práctica legal, ya sea con fines lucrativos o altruistas.

En Latinoamérica no han sido ajenos los intentos de regulación sobre esta materia, por ejemplo, se tiene a Argentina, que si bien es cierto que no cuenta con una ley que regule la maternidad subrogada, pero se han presentado varios proyectos de ley. Asimismo, en Colombia se han presentado proyectos de ley en los años 2001, 2016, 2017 y 2020, que si bien es cierto no existen normas legales que regulen el tema de maternidad subrogada, pero por su relevancia puede citarse la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional de dicho país, en donde una pareja formada por Salomón, colombiano, y Raquel, contactan con una mujer colombiana, Saraí, para gestionar el alquiler del vientre, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasa y Saraí no queda embarazada; por lo anterior, el hombre se dirige al Valle del Cauca, donde vive Saraí, para analizar la situación, y después de un tiempo se llega a conocer que concibió dos gemelos a través del proceso de fertilización *in vitro*. La madre registró a los menores, ya que el padre no estaba en el país en el momento del parto. A partir de esto, empezó un camino de enfrentamientos,

denuncias y demandas que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre, ya que el Juez Décimo de Familia consideró que

- a) entre Salomón y Saraí, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel.
- b) Saraí después de recibir un alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños.
- c) Desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.

Finalmente, en Perú, al igual que en los anteriores países ya mencionados, tampoco se cuenta con un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada; sin embargo, tenemos a Ley General de Salud (Ley N° 26842), que en su artículo 7 refiere que las técnicas de reproducción asistida son un derecho que tiene una persona para tratar su infertilidad y procrear mediante estas, siempre y cuando el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante; en ese sentido, se puede deducir que la citada norma contiene una prohibición tácita, porque si bien es cierto no se prohíbe la reproducción asistida, sí se impone un límite en cuanto a la identidad entre madre genética y madre biológica, lo cual descarta la posibilidad de recurrir a una madre sustituta.

Sin embargo, han existido varios intentos jurídicos para regular dicho tema, así, por ejemplo, en 2012 se intentó modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, referido al uso de las técnicas de reproducción humana asistida; ese mismo año se trabajó el proyecto de Ley N°

1722/2012-CR en el mismo sentido que el anterior; en el 2013, el proyecto de Ley N° 2839/ 2013- CR propuso incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista; finalmente, en el año 2018 un proyecto se enfocó en la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre. Como bien se puede apreciar, el último proyecto hace énfasis en el uso de esta técnica, pero considerada como un derecho humano a ser madre.

Un caso emblemático que vale la pena mencionar es el de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 2011, que tiene relación con la maternidad subrogada, donde se definió aspectos referidos a la filiación del menor y el interés superior del niño. En definitiva, se puede afirmar que los ordenamientos jurídicos están encaminados a regular dicha figura, esto porque se necesita dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente.

En ese orden de ideas, la maternidad subrogada sería la única forma de garantizar la constitución de una familia y de esta manera los derechos reproductivos de la mujer infértil y demás s que se encuentran inmersos en dicha problemática, ello debido a que según datos estadísticos del INEI la tasa global de fecundidad, que expresa el número promedio de hijos por mujer durante su vida reproductiva, para el año 2020 se estima en 2,2 hijos/as por mujer. Entre los años

1950 y 2020, la tasa global de fecundidad disminuyó de 7 a 2,2 hijos por mujer. LO señalado demuestra el decrecimiento de embarazos por diversas razones, incluida la infertilidad. Es por ello que en el Perú existe una clara necesidad de regular dicho tema mediante una ley específica, esto debido a que nos encontramos frente a un Estado constitucional de Derecho en el cual se contempla el principio de supremacía del texto constitucional, el control y la limitación del poder y el reconocimiento, respeto y tutela de los derechos fundamentales.

### **3.2.3. La protección constitucional del derecho a la salud de la mujer infértil**

En cierto modo, nuestra Constitución Política no lo señala tal cual el derecho a la salud de la mujer infértil, pero si realizamos la lectura del artículo 7, este refiere que “todos tienen derecho a la protección de su salud (...) así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. Asimismo, el artículo 9 del mismo cuerpo legal establece que el Estado determina la política nacional de salud. También se cuenta con la Ley General de Salud, que en su Título Preliminar establece que la protección de la salud es de interés público, es una responsabilidad primaria del Estado promover las condiciones que garanticen la cobertura de prestaciones de salud a la población y es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional señala que el derecho a la salud viene a ser la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, que el Estado debe proteger adoptando políticas, planes y programas en ese sentido. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.

Ahora bien, el derecho a la salud no solo es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también por tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos que precisa que: “Toda persona tiene derecho (...) a la salud y a la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala: “el derecho de toda persona al (...) de salud física y mental”. Por tanto, el derecho a la salud debe de ser respetado, tutelado y garantizado por el Estado. Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XI que: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales (...)”.

Entonces, cuando nos referimos al derecho de acceso a la salud de la mujer infértil se lo tiene que interpretar acorde a la normativa nacional e internacional, por cuanto se trata de un derecho

fundamental de todo ser humano sin distinción alguna, además de que dicho derecho comprende una atención médica de forma oportuna y adecuada.

**A. Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil como parte integrante del derecho a la salud**

El derecho a la salud constituye uno de los más importantes derechos fundamentales de la persona porque resulta una precondition para el proyecto personal de todo ser humano; en ese sentido, abarca también la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, es por ello que la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo señalan que dichos derechos deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas dentro de un ordenamiento jurídico. Por ende, el acceder a los servicios asistenciales es fundamental para el pleno y efectivo goce del derecho a la salud, el cual debe ser garantizado por nuestro Estado peruano.

No obstante, nuestra salud reproductiva se encuentra fuera del alcance de varias personas debido a los servicios insuficientes en materia de salud reproductiva y la imposibilidad de acceder a ellos, ya sea por razones geográficas, culturales, entre otros; al mismo tiempo, los derechos sexuales y reproductivos deben considerarse como verdaderos derechos humanos y es en este punto donde coincido con el autor Siverino(2013), porque si consideramos que dichos derechos deben ser considerados como derechos humanos, dentro de las

principales obligaciones del Estado peruano estará mantener la plena vigencia de los mismos.

Cabe considerar, por otra parte, a la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la cual define a los derechos sexuales y reproductivos partiendo del concepto de salud sexual y reproductiva. Resumiendo lo planteado, dichos derechos son trascendentales para las personas porque decidir sobre el cuerpo, la sexualidad y la reproducción implica poder y autonomía.

En este punto es necesario señalar que los derechos sexuales y reproductivos también cuentan con un marco legal internacional, esto es, se encuentran presentes en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, convención vinculante para el Estado peruano. Aunado a ello, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), planteó la atención de la salud reproductiva para garantizar el respeto a las decisiones de las personas sobre su sexualidad y reproducción, y reconoció a la sexualidad como parte fundamental de la salud. Por su parte, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995) precisó que los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control respecto de su sexualidad, además de disfrutar su salud sexual y reproductiva libre de discriminación y violencia.

De la misma forma, los derechos sexuales y reproductivos se encuentran vinculados a derechos como a la vida, a la salud y a la integridad física; los cuales son reconocidos por nuestra Constitución Política de 1993. Además, también están amparados por la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres - Ley N° 28983 (2007), la Ley General de Salud - Ley N° 26842 (1997) y el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Asimismo, en la Décima Política del Acuerdo Nacional (2002), referida a la equidad y justicia social, el Estado se compromete a eliminar toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades y las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad; por ende, el responsable de proteger, defender, respetar, promover y garantizar los derechos humanos es el Estado a través de sus diferentes poderes y niveles de gobierno.

Dentro de este marco, el acceso a la Técnica de Reproducción Humana Asistida de maternidad subrogada podría ser concebida como un derecho reproductivo, ya que desde la óptica jurídica es definida como “aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia” (Varsi, 1995, p. 62); por lo tanto, de esta forma se estaría garantizando el derecho reproductivo de la mujer infértil.

Entonces, si consideramos lo anteriormente mencionado, dicha técnica no solo constituiría un derecho reproductivo de la mujer infértil, sino que tendría que ser considerado como un derecho fundamental. En consecuencia, la maternidad subrogada debe ser regulada por nuestro ordenamiento jurídico para que no se excluya de nuestra legislación nacional a la mujer infértil. Y esto con base en los criterios que señala, Ferrajoli (2005) en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, en la cual identifica cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio. En el primer criterio, señala el vínculo entre los derechos fundamentales y la igualdad, lo que significa que un derecho fundamental debe asegurar la igualdad entre las personas; es por ello que las técnicas de reproducción asistida como la inseminación artificial o fecundación *in vitro* sí están permitidas en nuestro país. Sin embargo, el tratamiento de maternidad subrogada está prohibido conforme al artículo 7 de la Ley General de la Salud, como consecuencia de ello la mujer infértil ve impedida su posibilidad de ser madre. En cuanto al segundo criterio, refiere el nexo entre los derechos fundamentales y la democracia, aquí Ferrajoli (2005) formula cuatro clases de derechos: políticos, civiles, de libertad y sociales, que se configuran como la base de la democracia. Ahora bien, los derechos reproductivos están dentro de los derechos de libertad, por lo tanto, el uso de la técnica de maternidad subrogada como derecho fundamental para la mujer infértil no contraviene la configuración democrática de nuestro país. En el tercer criterio,

consigna el vínculo entre los derechos fundamentales y la paz, en donde se debe garantizar como derechos fundamentales todos los derechos vitales por ser una condición necesaria de la convivencia pacífica. Por lo tanto, mediante la técnica de la maternidad subrogada la mujer infértil podrá ver concretizado su proyecto de vida como madre. Por último, en el cuarto criterio, señala el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.

No obstante, la mujer infértil en nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con una protección ni mucho menos con una regulación para tratar de solucionar su problema. Si bien es cierto las mujeres infértiles representan un sector menor, eso no limita que tengan que estar excluidas en nuestra normativa.

### **3.3. Análisis y discusión de resultados**

Los resultados han sido obtenidos conforme a los objetivos y a la hipótesis planteados en la presente tesis, utilizando para ello material bibliográfico, además de análisis jurisprudencial y doctrinario, con la finalidad de determinar cuáles serían los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada a fin de que se garanticen los derechos reproductivos de las mujeres infértiles en el Perú.

Los derechos reproductivos, tal como ha quedado establecido, de acuerdo con los documentos internacionales de derechos humanos engloban un abanico de derechos, entre ellos el derecho a formar una familia, a la salud reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, etc., todos estos derechos

amparan el libre ejercicio de las mujeres infértiles a decidir sobre su capacidad de reproducirse, además de la libertad de decidir libremente en qué momento y cuándo hacerlo. Al respecto, el Dr. Hugo Velásquez Zabaleta, juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 06374- 2016. El derecho a la salud reproductiva, sumado a los derechos a la autodeterminación y privacidad, reconoce la potestad fundamental de las mujeres para que de manera informada puede asistirse con las técnicas científicas que existan para acceder a la condición de madre. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 2011 definió aspectos referidos a la filiación del menor y el interés superior del niño en un caso de maternidad subrogada.

Sin embargo, la técnica de maternidad subrogada en el Perú no se encuentra regulada, es por ello que se puede afirmar que se estaría vulnerando el derecho a formar una familia, entendida esta como un instituto natural y que viene a ser considerada la célula básica de la sociedad, esto a pesar de que se encuentra protegida no solo por nuestra ley fundamental, sino también por las Constituciones de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, etc.; además de estar contemplada en la legislación internacional como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos. Dicho derecho a formar una familia constituye un derecho complejo porque está íntimamente relacionado con otros derechos como son a la igualdad, a la no discriminación, a los derechos reproductivos de las personas y, sobre todo, a decidir si quiere o no tener hijos.

Por estas razones, el derecho constitucional a formar una familia exige al Estado garantizar el acceso a formar una familia, pero, ¿cómo logran las mujeres infértiles su anhelo de ser madres y por consiguiente el formar una familia y lograr su proyecto de vida si no pueden recurrir a la técnica de maternidad subrogada? ¿Cómo realizar ello si el artículo 7 de la Ley General de Salud lo prohíbe de manera tacita? Debe resaltarse, además, que la maternidad subrogada sería la única forma de garantizar la constitución de una familia, y para revertir dicha situación es necesario regularla y modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, con ello podrán ser garantizados todos los derechos inmersos en la presente problemática.

Por otro lado, se tiene el derecho a la salud de la mujer infértil, el cual a nivel interno se encuentra regulado por los artículos 7 y 9 de nuestra Constitución y por la Ley General de Salud. A nivel internacional, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades; también esta tutelado por tratados internacionales como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Por tal motivo, es necesario interpretar el derecho de acceso a la salud de la mujer infértil con base en las disposiciones normativas nacionales y supranacionales.

Asimismo, el derecho a la salud abarca también la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, cuestión que es protegida por la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo y por la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer. Dichos derechos son trascendentales para las personas, debido a que decidir sobre el cuerpo, la sexualidad y la reproducción implica poder y autonomía.

Finalmente, no cabe duda de que los derechos involucrados en la problemática de la mujer infértil son derechos humanos, los cuales son entendidos como el conjunto de prerrogativas sustentado en la dignidad humana, es decir, la dignidad en este caso de las mujeres infértiles cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral de su persona. Estos derechos, como hemos visto, cuentan con un marco normativo nacional e internacional, es por ello que considero que una de las principales obligaciones que tiene el Estado peruano es mantener la plena vigencia de los mismos. Por tanto, la maternidad subrogada debe ser regulada por nuestro ordenamiento jurídico para que no se excluya de nuestra legislación nacional a las mujeres infértiles, ya que solo a través de esta técnica podrán ver concretizado su proyecto de vida como madres. Todo lo señalado tiene base en los criterios que explica Ferrajoli (2005) en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales.

## CAPÍTULO IV

### PROPUESTA LEGISLATIVA QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N.º 26842, LEY GENERAL DE SALUD

#### 4.1. Exposición de motivos

La Constitución Política del Perú en su artículo 1 establece que: “La defensa persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Asimismo, el artículo 44 consigna que es deber del Estado peruano garantizar la vigencia plena de los derechos humanos. Es en ese sentido, nuestro Estado está en la obligación de garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil para que pueda lograr su anhelo de ser madre y, aunado a ello, su derecho a formar una familia, entre otros derechos involucrados.

Los derechos de la mujer infértil solo se lograrán concretizar mediante la TERA de maternidad subrogada, motivo por el cual se debe implementar políticas públicas para fomentar el desarrollo integral de la mujer infértil, ya que la infertilidad acarrea grandes repercusiones en el seno familiar y social; por ende, es deber del Estado peruano tutelar dichos derechos que se encuentran reconocidos no solo en la Constitución Política del Perú, sino también en la normativa internacional.

Dentro de este contexto, la **Ley General de Salud**, publicada en 1997, establece pautas para las técnicas de reproducción asistida, en particular **en su artículo 7**. Sin embargo, esta norma resulta ambigua en cuanto a la TERA de maternidad subrogada, lo que deja en una situación

de desprotección a las mujeres infértiles que desean ser madres y formar su propia familia. El artículo menciona que **la madre genética y gestante deben ser la misma persona**, lo que no es posible en el caso de mujeres que sufren de infertilidad, ya que no necesariamente pueden ser tanto madres genéticas como gestantes al mismo tiempo.

Por tanto, el objetivo de esta investigación es eliminar el vacío normativo existente; en ese sentido, no solo se busca tutelar los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, sino también proteger el derecho de filiación y otros derechos conexos, como el derecho a formar una familia, el acceso a la salud, a la identidad del menor basado en el principio de interés superior del niño y adolescente, todo ello amparado en la dignidad humana. En la propuesta de modificación del artículo 7, uno de los puntos a tratar es que en el acuerdo entre la madre con voluntad procreacional (mujer infértil) y la madre gestante no debe mediar precio ni recompensa, con el fin de evitar casos de explotación o de abuso en situaciones vulnerables, en ese sentido no solo se estaría tutelando la dignidad de la mujer infértil, sino también, de la mujer gestante. Acuerdo que debe de ser un acto jurídico formal y colectivo, legalizado por un notario, y debe ser altruista, es decir, no puede mediar ningún precio; por lo tanto, no puede ser un contrato, ya que este implica un fin patrimonial.

En definitiva, la subrogación gestacional solo puede ser altruista, ya que constituye el elemento nuclear que promueve y respeta la libertad y la

plena autonomía de la mujer, ya que madre no es solamente la mujer que gesta en su vientre una criatura hasta el día del parto, sino que madre también puede ser la mujer infértil que brinda atenciones después del nacimiento, dejándose atrás las concepciones que entendían por madre únicamente a la mujer que biológicamente alumbró a un bebé. En ese sentido, se ha considerado también establecer un rango de edad para la mujer gestante, la cual, conforme a la Dra. Sarah Matthews, consultora de ginecología en el Hospital Portland de Londres y experta en fertilidad; señala que, desde una perspectiva biológica, según todas las investigaciones la mejor edad para tener el menor riesgo de complicaciones en el embarazo y en el postparto es entre los 25 y los 29 años de edad, rango de edad considerada para la presente propuesta.

Por último, respecto a la identidad genética del menor, si bien es cierto cada ser vivo es como es porque cada una de sus células se ha formado a partir de instrucciones biológicas (ADN) que determinan sus características de todo tipo como, por ejemplo, el grupo sanguíneo, el color del cabello, los rasgos faciales, etc.; en la TERA de la maternidad subrogada la que es considerada madre no necesariamente es la que ha aportado el material genético, es por ello que para tutelar la identidad del recién nacido se considerará madre a la mujer infértil que presta su consentimiento procreacional en el acuerdo con la mujer que va a gestar a su bebé.

## **4.2. Análisis costo beneficio**

En este rubro se explicitan aspectos como los beneficiarios de la norma a corto, mediano y largo plazo. Según la presente investigación las beneficiarias de la norma serán las mujeres que por motivos de infertilidad no pueden tener hijos, permitiéndoles así recurrir a la gestación subrogada sin fines de lucro, para que de esa manera puedan cumplir con su anhelo de ser madres, el de tener descendencia y formar una familia.

El proyecto, trascenderá favorablemente, beneficiando al Estado, al evitarse vulneraciones a los derechos humanos inherentes a cada ser humano, debido a que orientará el accionar de los jueces, logrando que sus fallos tengan un impacto positivo en la colectividad, especialmente en las mujeres infértiles que recurren a la maternidad subrogada como forma de lograr ser madres, brindándoles, por lo tanto, seguridad jurídica.

## **4.3. Propuesta legislativa**

**Proyecto que modifica el artículo 7 de la Ley General de Salud, para garantizar los derechos reproductivos de la mujer infértil mediante las técnicas de reproducción humana asistida de la maternidad subrogada**

Artículo 1°. Objeto

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 7 de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud, con el objetivo de evitar lagunas legislativas respecto a que actualmente solo pueden acceder a las técnicas de reproducción asistida aquellas mujeres que cumplan con

aportar material genético y gestar al nuevo ser a la vez. La presente iniciativa legislativa permite proteger el derecho humano a fundar una familia, a ser madre, a un desarrollo integral y a proteger la identidad del menor en base al interés superior de los niños y adolescentes.

Artículo 2°: Modificación del artículo 7° de la Ley N.º 26842, Ley General de Salud.

Modifíquese el artículo 7° de la Ley N.º 26842, el mismo que quedará redactado de la siguiente forma:

- Artículo 7°.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. La condición de madre genética y de madre gestante no necesariamente va a recaer en la misma persona, siempre y cuando la mujer tenga problemas de infertilidad diagnosticada previamente y bajo los siguientes supuestos:

1. Las mujeres infértiles pueden ser: casadas, convivientes o solteras, las cuales tienen derecho a acceder a los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida de la maternidad subrogada. Según sea el caso puede utilizar fecundación *in vitro* o inseminación artificial.

2. El procedimiento de maternidad subrogada, procede siempre y cuando la mujer solicitante haya demostrado su infertilidad mediante una prueba científica, expedida por autoridad competente del Ministerio de Salud.

3. La madre gestacional debe ser una persona cuya edad se encuentre entre 25 y 29 años y que esté dispuesta a apoyar a la mujer infértil con fines altruistas.

4. Se considerará la madre del recién nacido a la mujer infértil que haya prestado su voluntad procreacional en el acuerdo, el cual podrá contener las cláusulas que consideren necesarias las partes involucradas para asegurar la integridad del embrión (posteriormente el feto); así como el bienestar integral de la madre gestacional. Además, dicho acuerdo se tiene que realizar por un fin altruista, es decir, no va a mediar medio de pago alguno y debe estar autorizado por un notario público.

Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida - maternidad subrogada (mujer infértil), se requiere el consentimiento previo y por escrito de las partes involucradas. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

## CONCLUSIONES

1. Tras el análisis se ha comprobado que los fundamentos jurídicos para regular la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico y la garantía de respeto a los derechos reproductivos de la mujer infértil en el Perú radican en la tutela de la dignidad de la mujer infértil y la protección de la plena vigencia de los derechos humanos como deber del Estado peruano, así como la protección constitucional al derecho a una familia y el acceso al derecho a la salud de la mujer infértil. Tal como lo ha expresado la jurisprudencia nacional, dichos derechos son considerados como la facultad inherente a todo ser humano y, por tanto, el Estado peruano es el que debe de proteger y asegurar que las personas gocen de sus derechos fundamentales implementado los mecanismos necesarios para su disfrute.
  
2. En definitiva, nuestra Constitución Política contempla en su artículo 1 que la defensa de la persona humana y su respeto de su dignidad no solo le compete al Estado, sino a toda la sociedad. Esta dignidad es entendida como el valor inquebrantable que posee toda persona sin distinción alguna, y en la presente investigación lo que se busca es la protección y/o tutela de la dignidad de la mujer infértil, resguardo que corresponde tanto a la sociedad como al Estado; además, la dignidad que no solo se encuentra reconocida por nuestra normativa interna, sino también por la por la normativa internacional. Por tanto, si no se respeta la dignidad de la mujer infértil se estaría vulnerando sus derechos reproductivos, y es que si no se regula el tema de maternidad subrogada dichos derechos seguirán siendo violentados.

3. Ante esta problemática, la presente investigación tiene como objetivo específico explicar el deber del Estado peruano de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, tal y conforme lo contempla el primer párrafo del artículo 44 de nuestra Constitución, y este a su vez en concordancia con el artículo 3 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria del mismo cuerpo legal, los cuales disponen que es un deber primordial del Estado peruano consagrar la máxima protección posible, ya sea desde la cláusula de apertura como del criterio de interpretación.
4. Asimismo, se puede llegar a concluir que tanto el derecho a la familia como el derecho de acceso a la salud, y para la presente investigación el acceso a la salud de la mujer infértil, son tutelados, protegidos y amparados no solo por nuestra norma fundamental, sino que también cuenta con un marco legal internacional de protección. Por un lado, entonces, tenemos el derecho de acceso a la salud y la importancia de su protección, responsabilidad primaria que recae en el Estado cualquiera sea la persona o institución que lo provea. Por otro lado, tenemos el derecho a formar una familia, entendida esta como el instituto natural y fundamental de la sociedad.
5. Gracias a todo lo anterior podemos interpretar que los derechos a la salud y a la familia también abarcan la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva de las personas, esto es, que se permita acceder a los servicios asistenciales para el pleno y efectivo goce de dichos derechos. En ese sentido, el acceso a la Técnica de Reproducción Humana Asistida de maternidad subrogada puede y debe de ser concebida como un derecho

reproductivo, ya que gracias a esta la mujer infértil tiene la posibilidad de tener descendencia y puede formar una familia, para que, con ello, se garanticen sus derechos reproductivos.

## **RECOMENDACIONES**

- 1.** Recomendar al Congreso de la República el diseño de una propuesta legislativa para la modificación del artículo 7 de la Ley General de Salud - Ley N° 26842 o, en todo caso, puede aprobar una ley que tutele los derechos reproductivos de las mujeres infértiles peruanas.
- 2.** Se recomienda al Poder Ejecutivo que pueda incluir dentro de sus políticas a las mujeres infértiles peruanas, con la finalidad de garantizar sus derechos reproductivos reconocidos por la Constitución Política.
- 3.** Por otro lado, se recomienda a las universidades, tanto públicas como privadas, brinden charlas y/o capacitaciones de concientización a sus estudiantes con la finalidad de dar a conocer los derechos reproductivos de las mujeres infértiles en nuestro ordenamiento jurídico peruano.
- 4.** Asimismo, al Poder Judicial se le sugiere que pueda implementar charlas y/o capacitaciones dando a conocer los derechos fundamentales de las personas y, de la mano de ello, los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Aguilar Gómez, E. J. (2010). *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana*. Cartagena, Colombia: Grupo de investigación Justicia Constitucional.
- Aguilo, J. (2001). Sobre la Constitución del Estado Constitucional. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (42), 429-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Añon Roig, M. J. (2002). *Derechos fundamentales y Estado Constitucional*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra de Fadrique Furió Ceriol.
- Aragón Reyes, M. (1997). Estado y democracia en M. F. Clavero Arévalo (coord.) *El derecho público de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana* (pp. 31-46). Madrid, España: Fundación Banco Bilbao Vizcaya.
- Arámbula, A. (2008). *Maternidad Subrogada*. Ciudad de México, México: Centro de Documentación Información y Análisis. Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
- Arévalo Martos, C. R. (2022). La maternidad subrogada en la reproducción humana asistida. *IusInkarri*, (11), 87-125. DOI: 10.31381/iusinkarri.v11n11.4632.
- Asensi Sabater, J. (1996). *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, España: Ariel.
- Barudy, J., y Dantagnan, M. (2010). *Los desafíos invisibles de ser madre o padre. Manual de evaluación de las competencias y la resiliencia parental*. Barcelona, España: Gedisa.
- Bidegain, C. M. (2001). *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot.
- Brede y Montesquieu (1992). *El Espíritu de las Leyes*. Ciudad de México, México: Porrúa.
- Brewer-Carías, A. R. (1997). *La Justicia Constitucional. Estudios*. Madrid, España: Ediciones Jurídicos Olejnik.
- Bullard, A. (1995). Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el derecho contractual. *Ius Et Veritas*, 5(10), 51-54.
- Camacho, J. M. (2009). *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de argumentaciones de sus detractores*. <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>.
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina (s/f.a). *Proyecto de Ley 5700-D-2016*. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>.
- Cámara de Diputados de la Nación Argentina (s/f.b). *Proyecto de Ley 5759-D-2016*. <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=5759-D-2016>.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina (s/f.c). *Proyecto de Ley 3202-D-2017*. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>.

Cámara de Diputados de la Nación Argentina (s/f.d). *Proyecto de Ley 3765-D-2017*. <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>.

Canessa, R. 2011. *La filiación en la reproducción humana asistida* [Tesis doctoral, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. <https://renati.sunedu.gob.pe/handle/sunedu/2877549>.

Código Civil del Perú. Decreto Legislativo N.º 295. 24 de julio de 1984.

Código de Familia de la Federación Rusa. Ley Federal N° 317-FZ. 25 de noviembre de 2005.

Código Familiar del Estado Sinaloa. Decreto N° 742. 21 de febrero de 2018.

Constitución Política del Perú. 29 de diciembre de 1993 (Perú).

Constitución Política de España. Art. 14. 29 de diciembre de 1978 (España).

Constitución de Estados Unidos. 17 de setiembre de 1787 (Estados Unidos).

Constitución de la República Italiana. Art. 3. 27 de diciembre de 1947 (Italia).

Constitución de Portugal. 2 de abril de 1976 (Portugal).

Constitución de Bolivia. 7 de febrero de 2009 (Bolivia).

Constitución de la República de El Salvador. 15 de diciembre de 1983 (El Salvador).

Constitución de la República Oriental de Uruguay. Art. 40. 2 de febrero de 1967 (Uruguay).

Constitución Federal de la Confederación Suiza. 18 de abril de 1999 (Suiza).

Cusi Arredondo, A. C. (17 de agosto de 2018). *El objeto en el acto jurídico*. Blog Jurídico. <https://andrescusi.blogspot.com/2018/08/el-objeto-en-el-acto-juridico-andres.html#:~:text=EL%20OBJETO%20EN%20EL%20ACTO%20JUR%C3%8DDICO%20%2D%20ANDR%C3%89S%20CUSI%20ARREDONDO,-EL%20OBJETO&text=La%20manifestaci%C3%B3n%20de%20voluntad%2C%20esencialmente,tambi%C3%A9n%20en%20un%20elemento%20esencial.>

De Esteban, J. (2001). *Tratado de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.

De la Fuente Linares, José Cándido Francisco Javier. (2012). *La protección constitucional de la familia en América Latina*. Puebla, México: Revista del Instituto de ciencias jurídicas.

De Otto, I. (1987). *Derecho Constitucional: sistema de fuentes*. Barcelona, España: Ariel.

Diario la República (13 de diciembre de 2006). *Canal español destapa red de "vientres de alquiler" en Lima*. La República. [https://larepublica.pe/politica/265920-canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima.](https://larepublica.pe/politica/265920-canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima)

Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. M. Guastavino (trad.). Barcelona, España: Ariel.

Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.

- Ferrajoli, L., Moreso, J. J. y Atienza, M. (2009). *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid, España: Fundación Coloquio Jurídico.
- Flores, P. F. (2018). *El contrato y el acto jurídico en el Código Civil peruano*. Repaso sucinto de su interconexión jurídica. LP Pasión por el Derecho. <https://lpderecho.pe/contrato-acto-juridico-codigo-civil-peruano-interconexion-juridica/>.
- García Pelayo, M. (1991). *El Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho*. Madrid.
- García Toma, V. (2005). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Lima, Perú: Adrus.
- Gil Domínguez, A., Fama, M. V. y Herrera, M. (2006). *Derecho Constitucional de familia*. (T. II). Buenos Aires: Ediar.
- Hernández Chavéz, P. A. (2011). *Adjetivos no jurídicos del Estado de Derecho*. [https://fade.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Los\\_adjetivos\\_no\\_juridicos\\_del\\_Estado\\_Derecho\\_Democracia\\_Constitucional.pdf](https://fade.usmp.edu.pe/instituto/revista/articulos/Los_adjetivos_no_juridicos_del_Estado_Derecho_Democracia_Constitucional.pdf).
- Hurtado, A. L. (1991). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile .
- Jimenez, D. (2010). Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú. *In Crescendo. Revista Científica de la Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote*, 1(2), 347-358.
- Laca, C. M. (2017). *Acto Jurídico*. Huancayo, Perú: Universidad Continental.

- Lagos Correa, L. (2017). *Por un acto de amor: ¿quién tiene un vientre solidario? aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú* [Tesis para obtener el título de abogado, Universidad Privada del Norte].
- Lamm, E. (2012). «Gestación por sustitución». Realidad y Derecho. *InDret Revista para el Análisis*, (3), 4-49. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf).
- López, J. y Aparsi, Á. (2012). *Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada*. Navarra, España: Universidad de Navarra.
- Luna, F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. San José, Costa Rica: IIDH.
- Mir, L. (2010). La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética/UNESCO*, 1(1), 174-188.
- Monereo Atienza, C. (2013). Teoría formal y material de los derechos fundamentales. Reflexiones en torno a la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (27), 121-154. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/1776>.
- Moran de Vicenzi, C. (2005). *El concepto de filiación en la fecundación artificial*. Lima, Perú: ARA Editores - Universidad de Piura.
- Moreno, C. (2009). *Infertilidad y reproducción asistida: guía práctica de intervención psicológica*. Madrid, España: Ediciones Pirámide.
- Pereira Menaut, A.C. (1997). *En defensa de la Constitución*. Piura, Perú: Palestra.
- Pérez Luño, A. E. (1984). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, España: Tecnos.

- Pérez Royo, J. (2000). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Pisarello Prados, G. (2001). Ferrajoli y los derechos fundamentales ¿qué garantías? *Debate*, 3-10.
- Prieto Sanchis, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
- Ramos, R. (1992). *Fecundación asistida y derecho*. Santa Fe, Colombia: Juris.
- Romero Coloma, A. M. (2016). *La maternidad subrogada a la luz de derecho español*. Madrid, España: Dilex.
- Ruiz, R. (2013). *Maternidad subrogada* [Trabajo de fin de grado, Universidad de Cantabria].
- Sánchez, R. (2010). *La gestación por sustitución: Dilemas éticos y jurídicos*. *HUMANITAS. Humanidades Médicas*, (49), 13-38.
- Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid, España: Alianza Editorial.
- Scotti, L. (2012). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Revista Pensar en Derecho*, 1(1), 267-289.
- Siverino Bavio, P. (2013). Bioética y derechos reproductivos en el Perú: comentarios sobre algunos temas pendientes. *Foro Jurídico*, p. 304-308.
- Torres Vásquez, A. (1998). *Acto jurídico*. (6ª ed., Vol. 1). Jurista Editores.
- Universidad Católica de Cuyo (s/f.). *Enciclopedia de bioética. Maternidad subrogada*. <http://www.encyclopediadebioetica.com/index.php/todas-las-vozes/210-maternidad-subrogada>
- Varsi, E. (1995). *Derecho Genético: principios generales*. Trujillo, Perú: Normas Legales

# **ANEXOS**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

Lima, once de agosto de dos mil once.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número cuatro mil trescientos veintitrés de dos mil diez en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

**I. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

**II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:**

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, declaró **procedente** el recurso de casación interpuesto por las siguientes causales: **a) Infracción normativa procesal del artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil**, alega el recurrente que se ha vulnerado su derecho a obtener una sentencia debidamente motivada, al considerar que el fallo contiene una indebida y adecuada motivación en el tema de técnicas de reproducción asistida (TERAS) pues se ha sustentando en un hecho falso cual es que el artículo 7 de la Ley General de Salud supuestamente "prohibiría" la ovodonación, lo cual no es así, pues en ningún país del mundo se encuentra prohibida, y en el

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

Perú no existe ninguna norma especial que la prohíba, por lo que se debió interpretar dicho dispositivo en forma sistemática; y, **b) Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud–**, señala que la Sala yerra al considerar que dicha disposición prohibía la “ovodonación” cuando por el contrario, dicha norma al señalar que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado “vientre de alquiler”, precisando que la Sala se equivoca cuando indica que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario al orden público, refiriéndose a la cláusula cuatro del convenio, sin embargo ello no es verdad, porque en ninguna parte del artículo en comento establece una prohibición explícita de la ovodonación, por tanto, dicha técnica no se encuentra prohibida en el Perú ni en otra parte del mundo

**III. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que estando a la calificación de procedencia del recurso, en el que se comprende la infracción procesal y material, debe analizarse previamente la causal adjetiva o de error *in procedendo* denunciada, pues debido a su naturaleza y a los efectos que produce, de manera que, si mereciera ser amparada por infracción al debido proceso, entonces carecería de objeto pronunciarse respecto a la causal sustantiva por ser incompatibles con aquellas

**SEGUNDO.-** Que, en tal sentido, la infracción normativa procesal es sancionada ordinariamente con nulidad procesal, la misma que se entiende como aquel estado de anormalidad del acto procesal, originado en la carencia de algunos de sus elementos constitutivos o en vicios

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

existentes sobre ellos que potencialmente los coloca en la situación de ser declarados judicialmente inválidos. El estado de nulidad potencial no puede afectar el debido proceso ya sea por ser subsanable el vicio, por convalidación o porque el acto cumplió con su finalidad. La garantía al debido proceso implica también el administrar justicia de acuerdo a las normas procesales, ya sea porque en razón a su texto, son consideradas imperativas o de estricto cumplimiento, consecuentemente, está sancionada su omisión o cumplimiento deficiente con la respectiva declaración de nulidad, siendo ello así, es tarea de esta Suprema Sala revisar si se vulneraron o no las normas que establecen expresamente un determinado comportamiento procesal con carácter de obligatoriedad, en cuyo caso debe disponerse la anulación del acto procesal viciado.

**TERCERO.-** Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que de acuerdo al convenio de realización de técnicas de reproducción asistida, la fecundación se realiza mediante técnica denominada FIV TE, que consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado (técnica de ovodonación), llevándose a cabo la fecundación en un plato de laboratorio; agrega que, en dicha técnica los gametos a utilizar son provenientes de terceros, donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro comprometiéndose las partes a no indagar sobre la procedencia del donante ni a la identidad del usuario, lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.

**CUARTO.-** Que, respecto a la denuncia procesal referida a la infracción al deber de motivación contenido en el artículo 50 inciso 6) del Código Procesal Civil, que dispone "*Son deberes de los Jueces en el proceso: 6.*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

*Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia*". Al respecto conviene precisar que, la obligación de motivar debidamente como dice Ignacio Colomer, "es un principio constitucional y pilar esencial de la jurisdicción democrática". Y es que a diferencia del Antiguo Régimen, en el que los órganos judiciales no estaban llamados a dar cuenta de la interpretación y aplicación del Derecho, esto no puede considerarse admisible en una sociedad democrática, en la que justicia, igualdad y libertad ascienden a la dignidad de principios fundamentales<sup>1</sup>. La obligación de motivar cumple la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de Derecho y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar, en ejercicio de un rechazable -en nuestra opinión- absolutismo judicial<sup>2</sup>.

**QUINTO.-** Que, bajo ese marco normativo corresponde evaluar si la sentencia de vista vulnera el derecho a la motivación de resoluciones judiciales, siendo así, se advierte que el agravio del recurrente se sustenta en la indebida motivación de la sentencia de vista respecto al tema de técnicas de reproducción asistida, por cuanto la impugnada se sustenta en un hecho falso que sería la prohibición dispuesta en el artículo 7 de la Ley General de Salud. En ese sentido, se aprecia que dicho agravio no encuadra en el supuesto de indebida motivación por

---

<sup>1</sup> COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio. *La motivación de las sentencias, sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 60-71. Colomer señala que "(...) el paso del Antiguo Régimen al diseño liberal ha tenido su vértice en la sumisión del juez a la ley, y esta a su vez ha sido garantizada por la necesidad de justificación de las decisiones judiciales", p. 71

<sup>2</sup> MILLIONE, Cirio. El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, en: <http://www.uco.es/derechoconstitucional/investigacion/documents/derecho-obtener-resolucion-cirio-millione.pdf>, p. 16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

cuanto el *Ad quem* a su criterio ha desarrollado un análisis respecto a la implicancia y trascendencia de la citada disposición; asimismo, este Supremo Tribunal verifica que en efecto, si bien los considerandos tercero y cuarto de la sentencia recurrida contienen una fundamentación mínima respecto a la materia controvertida, sin embargo la parte resolutive se condice con la parte expositiva, además, dicho agravio constituye un cuestionamiento sobre el fondo del asunto que no procede analizar a través de una causal procesal, más aún, si tal agravio ha sido denunciado en la causal de infracción normativa material que en adelante se examinará; por consiguiente, la presente causal deviene infundada.

**SEXTO.-** Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 26842, en ese sentido, conviene precisar que dicha disposición señala: "*Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*"; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida -TERAS-, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado<sup>3</sup>; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: **a)** inseminación artificial y **b)** fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

**SÉPTIMO.-** Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que *"todo lo que no está prohibido está permitido"*, reconocido por el Tribunal Constitucional: *"En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que "sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido"* ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que *"aquello que no está prohibido, está*

---

<sup>3</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Editorial GRIJLEY. Lima 2001. página 167.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

*permitido*<sup>4</sup>, por consiguiente el aludido procedimiento de "ovodonocación" no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

**OCTAVO.-** Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos contenidos en los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente *"Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)"* y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual lo configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios

---

<sup>4</sup> EXP. N.° 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.6 literal b).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil; Por consiguiente, lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada.

**IV. DECISIÓN:**

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil sesenta y nueve por PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir), por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda
- b) **Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la sentencia apelada, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, emitida por el Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró **infundada** la demanda de nulidad de acto jurídico, con lo demás que contiene
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

de acto jurídico; y los devolvieron, intervino como ponente, el señor Juez Supremo Vinatea Medina.-

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**

**DE VALDIVIA CANO**

**VINATEA MEDINA**

**CASTAÑEDA SERRANO**

moc

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JAUREGUI ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO.**

**PRIMERO**.- Que, al concurrir causales de infracción normativa por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no ésta última causal, pues en case de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **SEGUNDO**.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

Que, la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa. **TERCERO**. - Que, el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política vigente, recoge el principio y derecho de la función jurisdiccional de observar la debida motivación de las resoluciones judiciales, mediante el cual el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir control correspondiente de los órganos de instancia superior por la vía de los recursos previstos en la ley procesal, instados por los justiciables. **CUARTO**. - Que, asimismo, el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, desarrollado el principio aludido, prescribe que para su validez y eficacia, las resoluciones judiciales deben contener la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión la que se ajusta al mérito de lo actuado y al derecho, sancionando con nulidad su inobservancia. **QUINTO**. - Que, es del caso tener presente que la motivación de las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

sentencias como vicio procesal tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La defectuosa manifestación, la cual se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y, c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese orden de ideas, la doctrina señala, según Olsen Ghirardi, que existen hasta tres tipos de vicios vinculados a la motivación, a saber, la motivación aparente, la cual se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuados o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación propiamente defectuosa, la cual se da cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Los vicios o errores en el razonamiento son denominados en la doctrina como "errores in cogitando". **SEXTO.-** Que, examinados los argumentos expuestos por el impugnante, es del caso precisar que denuncia, bajo la causal de Infracción Normativa Procesal, la vulneración del deber de motivar adecuadamente la sentencia recurrida, por lo que corresponde analizar la resolución objeto del presente recurso, de la que se constata la afirmación del Colegiado Superior de Revocar la sentencia apelada de fojas seiscientos doce, de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, que declara infundada la demanda, reformándola declara Fundada la misma; en consecuencia, Nulos los actos jurídicos contenidos en la Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria del cinco de agosto de dos mil cinco y en el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro, bajo los siguientes fundamentos expuestos en el considerando tercer y cuarto de dicha resolución: **“TERCERO:** *Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

*“Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” señala en su Cláusula Cuarta los siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizado la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” debe ser declarado nulo por violación del Artículos V del Título Preliminar del Código Civil”; CUARTO: En cuanto al acto jurídico denominado “Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria” debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización pata que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud”. SÉTIMO.- Que, en tal orden de ideas, analizado tal razonamiento se concluye que efectivamente el Colegiado Superior incurre en “error in cogitando”, concretamente, en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7 en base a los parámetros que la lógica exige como son: a) Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realizara mediante la utilización por parte del juzgador de algunos de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir a todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical; b) La atribución de una carga de valor a los conceptos*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; **c)** El esclarecimiento de las consecuencia, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterio hermenéuticos legalmente previstos; **d)** La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no esté plenamente determinada. **OCTAVO.**- Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica FIV – TE Modalidad de Ovodonación resulta ser un acto contrario al ordenamiento jurídico, al no existir una justificación adecuada de la decisión adoptada, en tanto, se requiere verificar las motivaciones que llevaron a la Sala Superior establecer que los hechos que sirven de base a la decisión se encuentran contenidos en el supuesto normativo contenido en la norma conforme a los parámetros interpretativos citados en el considerado que precede – *lo que resulta ser de ineludible exigencia para una correcta justificación de la decisión adoptada* –, es pertinente ordenarse la emisión de un nuevo fallo, máxime si un pronunciamiento como el emitido transgrede los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por lo que en ejercicio de la facultad nulificante del juzgador prescrita en el artículo 176 del Código Procesal Civil, corresponde anular la resolución de vista a efectos que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución. **NOVENO.**- Que, en virtud de las razones expuesta, el presente medio impugnatorio debe ser amparado por verificarse el error in procedendo denunciado, careciendo de objeto el emitir pronunciamiento respecto de la norma cuya Infracción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

un fallo anulatorio como el de autos. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista contenida en la resolución obrante a fojas novecientos setenta y nueve, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez; y, **ORDENAR** el reenvío de los autos a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico. Lima, once de agosto de dos mil once

**S.**

**WALDE JAUREGUI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

Lima, once de agosto de dos mil once.-

**LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa cuatro mil trescientos veintitrés de dos mil diez en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la siguiente sentencia:

**I. MATERIA DEL RECURSO:**

Se trata del recurso de casación interpuesto por María Alicia Alfaro Dávila contra la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

**II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE DECLARÓ PROCEDENTE EL RECURSO:**

Esta Sala Suprema mediante resolución de fecha treinta y uno de marzo de dos mil once, declaró *procedente* el recurso de casación interpuesto por la causal: **Infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley número 26842 –Ley General de Salud-**, señala que la Sala yerra al considerar que dicha disposición prohibía la "ovodonación" cuando por el contrario, dicha norma al señalar que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre la misma persona, realmente se refiere al denominado "vientre de alquiler", precisando que la Sala se equivoca cuando indica que los declarantes estaban autorizando la realización de un procedimiento contrario al orden público, refiriéndose a la cláusula cuatro del convenio, sin embargo ello no es verdad, porque en ninguna parte del artículo en comento establece una prohibición

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

explícita de la ovodonación, por tanto, dicha técnica no se encuentra prohibida en el Perú ni en otra parte del mundo

**III. CONSIDERANDO:**

**PRIMERO.-** Que, en el presente caso, se advierte que la sentencia recurrida revoca la sentencia apelada y reformando declara fundada la demanda por considerar que de acuerdo al convenio de realización de técnicas de reproducción asistida, la fecundación se realiza mediante técnica denominada FIV TE, que consiste en que el semen extraído y capacitado del esposo, se combina con el óvulo donado (técnica de ovodonación), llevándose a cabo la fecundación en un plato de laboratorio; agrega que, en dicha técnica los gametos a utilizar son provenientes de terceros, donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro comprometiéndose las partes a no indagar sobre la procedencia del donante ni a la identidad del usuario, lo cual configura un procedimiento contrario a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley de Salud.

**SEGUNDO.-** Que, en principio, conviene precisar que el artículo 7 de la Ley 26842 señala: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”*; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida -TERAS-, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosférica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado<sup>5</sup>; al respecto resulta oportuno indicar que existen dos tipos de TERAS: **a)** inseminación artificial y **b)** fecundación in vitro, siendo que en el primer caso, el semen es introducido en la vagina de la mujer, siendo homóloga cuando el donante del material es el cónyuge o concubino y heteróloga cuando el donante es un tercero cuyas células reproductivas han sido obtenidas de un banco, mientras que en la fecundación in vitro, el espermatozoide y óvulo son unidos en un laboratorio y luego implantado en las entrañas de la madre para dar lugar a la gestación, siendo este último supuesto el caso de autos.

**TERCERO.-** Que, debemos observar que la inseminación artificial permite la posibilidad de la maternidad subrogada o vientre en alquiler, lo cual no es nuestro caso y que además no se encuentra reconocida legalmente en nuestro país, sin embargo, los hechos acaecidos tienen sustento en la técnica de reproducción asistida, denominada ovodonación en virtud de la cual la mujer puede gestar, pero es incapaz de ovular, por lo que se requiere de una donante para que le ceda el óvulo necesitado, al respecto se debe señalar que si bien dicho procedimiento no se encuentra legislado, sin embargo en virtud al axioma jurídico de que *“todo lo que no está prohibido está permitido”*, reconocido por el Tribunal Constitucional: *“En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha*

---

<sup>5</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, Derecho Genético, Cuarta Edición, Editorial GRIJLEY. Lima 2001. página 167.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

*sido conferido*<sup>6</sup>, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que *"aquello que no está prohibido, está permitido"*, por consiguiente el aludido procedimiento de "ovodonocación" no es ilícito ni constituye delito, constituyendo más bien un vacío normativo y jurisprudencial.

**CUARTO.-** Que, habiendo quedado establecido que el proceso de fecundación cuestionado no deviene ilegal, corresponde verificar si los actos jurídicos contenidos en los documentos denominados Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia embrionaria, y Convenio de realización de Técnica de Reproducción Asistida, se encuentran inmersos en causal de nulidad, en ese sentido se aprecia de la cláusula cuarta del segundo documento que los intervinientes (demandante y demandada) admiten expresamente *"Que tal fecundación se realizará mediante la técnica de reproducción asistida denominada FIV TE la cual consiste en que el semen extraído y capacitado de EL ESPOSO, se combina con el óvulo donado, también previamente recogido en un plato de laboratorio donde se lleva a cabo la fecundación. Los gametos a utilizar son provenientes de terceros donados de manera anónima, y sin ánimo de lucro. (...)"* y en la cláusula octava declaran haber leído el documento que suscriben, lo cual lo configura una manifestación de voluntad válida y además ratificada en el documento denominado autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria; no debe dejar de mencionarse que como consecuencia del proceso de fecundación se produjo el nacimiento de una niña, quien resulta protegida en virtud a lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil, artículo 4 de la Convención

---

<sup>6</sup> EXP. N.º 0013-2003-CC/TC, fundamento 10.6 literal b).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

Americana sobre Derechos Humanos, y artículos 2, 3, 6 y 12 de la Convención sobre los derechos del niño, que regulan los principios rectores sobre el interés superior del niño; en tal sentido se cumplen con los requisitos previstos en el artículo 140 del Código Civil; Por consiguiente, lo resuelto por la Sala Superior no se ajusta a derecho, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación, casar la sentencia de vista y en sede de instancia confirmar la sentencia apelada.

**IV. DECISIÓN:**

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 396 del Código Procesal Civil:

- d) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas mil ciento trece por María Alicia Alfaro Dávila, por consiguiente, **NULA** la sentencia de vista expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, su fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, la cual revoca la sentencia apelada y reformándola declaró fundada la demanda
- e) **Actuando en sede de instancia: CONFIRMARON** la sentencia apelada, su fecha quince de diciembre de dos mil ocho, emitida por el Cuadragésimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró **infundada** la demanda de nulidad de acto jurídico, con lo demás que contiene
- f) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

de acto jurídico; y los devolvieron, intervino como ponente, el señor Juez Supremo Vinatea Medina.-

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**

**DE VALDIVIA CANO**

**VINATEA MEDINA**

**CASTAÑEDA SERRANO**

moc

**LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO WALDE JAUREGUI ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO.-**  
**PRIMERO**.- Que, al concurrir causales de infracción normativa por vicios in iudicando e in procedendo, corresponde verificar primero si se ha configurado o no ésta última causal, pues en case de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. **SEGUNDO**.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

Que, la doctrina ha conceptualizado el debido proceso como un derecho humano o fundamental que asiste a toda persona por el sólo hecho de serlo, y que le faculta a exigir al Estado un juzgamiento imparcial y justo ante un Juez responsable, competente e independiente, toda vez que el Estado no solamente está en el deber de proveer la prestación jurisdiccional a las partes o terceros legitimados, sino a proveerla con determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo, en tanto que el debido proceso sustantivo no sólo exige que la resolución sea razonable, sino esencialmente justa. **TERCERO.-** Que, el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política vigente, recoge el principio y derecho de la función jurisdiccional de observar la debida motivación de las resoluciones judiciales, mediante el cual el juzgador debe exponer las consideraciones que fundamentan la subsunción de los hechos en los supuestos hipotéticos de las normas jurídicas que fueron aplicadas, dando lugar a la actividad denominada construcción del razonamiento judicial, la misma que sirve de punto de apoyo a la declaración jurisdiccional; de otra manera, la sentencia no podría operar en el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos en general, ni podría permitir control correspondiente de los órganos de instancia superior por la vía de los recursos previstos en la ley procesal, instados por los justiciables. **CUARTO.-** Que, asimismo, el inciso 6 del artículo 50 del Código Procesal Civil, desarrollado el principio aludido, prescribe que para su validez y eficacia, las resoluciones judiciales deben contener la relación correlativamente enumerada de los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su decisión la que se ajusta al mérito de lo actuado y al derecho, sancionando con nulidad su inobservancia. **QUINTO.-** Que, es del caso tener presente que la motivación de las

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

sentencias como vicio procesal tiene dos manifestaciones: 1) La falta de motivación; y, 2) La defectuosa manifestación, la cual se divide en tres agravios procesales: a) Motivación aparente; b) Motivación insuficiente; y, c) Motivación defectuosa en sentido estricto; en ese orden de ideas, la doctrina señala, según Olsen Ghirardi, que existen hasta tres tipos de vicios vinculados a la motivación, a saber, la motivación aparente, la cual se da cuando la decisión se basa en pruebas no actuadas o en hechos no ocurridos; la motivación insuficiente, que se presenta cuando vulnera el principio de la razón suficiente y la motivación propiamente defectuosa, la cual se da cuando el razonamiento del juez viola los principios lógicos y las reglas de la experiencia. Los vicios o errores en el razonamiento son denominados en la doctrina como "errores in cogitando". **SEXTO.-** Que, examinados los argumentos expuestos por el impugnante, es del caso precisar que denuncia, bajo la causal de Infracción Normativa Procesal, la vulneración del deber de motivar adecuadamente la sentencia recurrida, por lo que corresponde analizar la resolución objeto del presente recurso, de la que se constata la afirmación del Colegiado Superior de Revocar la sentencia apelada de fojas seiscientos doce, de fecha quince de diciembre del dos mil ocho, que declara infundada la demanda, reformándola declara Fundada la misma; en consecuencia, Nulos los actos jurídicos contenidos en la Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria del cinco de agosto de dos mil cinco y en el Convenio de Técnicas de Reproducción Asistida de fecha dieciocho de agosto de dos mil cuatro, bajo los siguientes fundamentos expuestos en el considerando tercer y cuarto de dicha resolución: "**TERCERO:** *Absolviendo los agravios contenidos en los apartados a) y b) del considerando anterior, debemos señalar que en efectos el denominado*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

*“Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” señala en su Cláusula Cuarta lo siguiente (...). Por consiguiente, resulta evidente que los declarantes estaban autorizados a la realización de un procedimiento contrario a una norma prohibitiva como el artículo 7 de la Ley General de Salud anteriormente citada. En consecuencia, el “Convenio de Realización de Técnicas de Reproducción Asistida” debe ser declarado nulo por violación del Artículo V del Título Preliminar del Código Civil”; CUARTO: En cuanto al acto jurídico denominado “Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria” debe relevarse que, igualmente, contiene una autorización para que en el procedimiento de reproducción asistida puedan utilizarse gametos provenientes de terceros o del Banco de Gametos, los que luego de ser fecundados serían transferidos al útero de la mujer. Por consiguiente, también este acto jurídico transgrede una norma de orden público como resulta ser el artículo 7 de la Ley General de Salud”. SÉTIMO.- Que, en tal orden de ideas, analizado tal razonamiento se concluye que efectivamente el Colegiado Superior incurre en “*error in cogitando*”, concretamente, en motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7 en base a los parámetros que la lógica exige como son: **a)** Determinación del sentido que tiene cada uno de los elementos que integran el supuesto de hecho de la proposición normativa, que se realizara mediante la utilización por parte del juzgador de algunos de los criterios hermenéuticos legalmente previstos, de ahí que sea necesario exigir a todo juez una adecuada indicación del criterio empleado para reconstruir el significado, especialmente cuando se utilicen criterios interpretativos distintos al gramatical; **b)** La atribución de una carga de valor a los conceptos*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

indeterminados que aparezcan en los supuestos de hecho normativo, que implica razonabilidad; **c)** El esclarecimiento de las consecuencia, que la norma liga con el supuesto de hecho que se realiza mediante la utilización por parte del juzgador de alguno de los criterio hermenéuticos legalmente previstos; **d)** La adopción de una decisión por parte del intérprete (el Juzgador) cuando la consecuencia, establecida por la norma no esté plenamente determinada. **OCTAVO.**- Que, consecuentemente, al no esgrimirse los motivos que llevaron a determinar que la técnica FIV – TE Modalidad de Ovodonación resulta ser un acto contrario al ordenamiento jurídico, al no existir una justificación adecuada de la decisión adoptada, en tanto, se requiere verificar las motivaciones que llevaron a la Sala Superior establecer que los hechos que sirven de base a la decisión se encuentran contenidos en el supuesto normativo contenido en la norma conforme a los parámetros interpretativos citados en el considerado que precede – *lo que resulta ser de ineludible exigencia para una correcta justificación de la decisión adoptada* –, es pertinente ordenarse la emisión de un nuevo fallo, máxime si un pronunciamiento como el emitido transgrede los principios del debido proceso y la motivación de las resoluciones judiciales; por lo que en ejercicio de la facultad nulificante del juzgador prescrita en el artículo 176 del Código Procesal Civil, corresponde anular la resolución de vista a efectos que la Sala Superior emita nuevo pronunciamiento teniendo en cuenta las consideraciones de la presente resolución. **NOVENO.**- Que, en virtud de las razones expuesta, el presente medio impugnatorio debe ser amparado por verificarse el error in procedendo denunciado, careciendo de objeto el emitir pronunciamiento respecto de la norma cuya Infracción Normativa Sustantiva denuncian los recurrentes, tomando en cuenta los efectos de

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

un fallo anulatorio como el de autos. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare: **FUNDADO** el recurso de casación; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista contenida en la resolución obrante a fojas novecientos setenta y nueve, de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez; y, **ORDENAR** el reenvío de los autos a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por Custodio Olsen Quispe Condori, con PRANOR SRL (Instituto de Ginecología y Reproducción – Clínica de Fertilidad Asistida y Ginecología Concebir) y María Alicia Alfaro Dávila, sobre nulidad de acto jurídico. Lima, once de agosto de dos mil once

**S.**

**WALDE JAUREGUI**

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

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

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

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

**1. MATERIA DEL RECURSO:**

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

**2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

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

**3. CONSIDERANDO:**

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

**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 demanda** de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José

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

**SENTENCIA  
CAS. N° 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 **contestán** 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 Munoz, 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. N° 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. N° 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. N° 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. N° 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. N° 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 consta en el acta de entrega de fojas veintidós, **iv)** la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; **v)** los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; **vi)** el demandante Giovanni

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

**SENTENCIA  
CAS. N° 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 habla de brindar a sus hijos lo mejor, sólo se refiere a sus dos hijos mayores; y c)* El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al demandado Paúl Frank Palomino Cordero que en sus resultados – en el último párrafo – señala *“se aprecia que el señor se encuentra resignado a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía; vi)* Los demandantes cuentan con informes psicológico y social favorables, los mismos que fueron realizados con visitas inopinadas, según consta a fojas mil veintinueve y quinientos setenta cinco respectivamente.-----

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

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

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

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

**SENTENCIA  
CAS. N° 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 tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los

**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 Zenaída Castro Muñoz; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda.

**b) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaída 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/igpp

| SECCIÓN A: DATOS DEL CASO |  |  |
|---------------------------|--|--|
| 1                         | Nombre del caso                                    | Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica   |
| 2                         | Victima(s)   | Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejias Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartin, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia Maria Carro Makiouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza |
| 3                         | Representante(s)                                   | - Boris Molina Acevedo<br>- Gerardo Trejos Salas   |
| 4                         | Estado demandado                                   | Costa Rica   |
| 5                         | # Petición/Caso ante la CIDH                       | 12.361   |
| 6                         | # Caso ante la Corte IDH                           | Serie C No. 257  |
| 7                         | Tipo(s) de sentencia(s) y fecha(s)                 | Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 28 de noviembre de 2012<br><a href="http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf">http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf</a>   |
| 8                         | Sumilla  | El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por las afectaciones generadas a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la Fecundación in vitro.  |
| 9                         | Palabras claves                                    | Personas con discapacidad; Familia; Garantías judiciales y procesales; Derecho a la honra y la intimidad; Dignidad; Igualdad ante la ley; Derecho a la integridad personal; Libertad personal; Protección judicial; salud; Vida privada; Bioética; Derecho a la familia  |
| 10                        | Campo multimedia                                   | <a href="https://vimeo.com/album/2058862">https://vimeo.com/album/2058862</a><br><a href="http://www.flickr.com/photos/corteidh/sets/72157631438571818/">http://www.flickr.com/photos/corteidh/sets/72157631438571818/</a>   |
| 11                        | Derecho(s)   | Convención Americana sobre Derechos Humanos  |
|                           |  | Otro(s) tratado(s) interamericano(s)   |
| 12                        | Otro(s) instrumento(s) internacional(es) citado(s) | - Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la Aplicación de la Biología y Medicina<br>- Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales   |

|   |  |   |
|---|--|---|
|   |  | <ul style="list-style-type: none"> <li>- Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer</li> <li>- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad</li> <li>- Convención sobre los Derechos del Niño</li> <li>- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre</li> <li>- Declaración de las Naciones Unidas sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad</li> <li>- Declaración de los Derechos del Niño</li> <li>- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</li> <li>- Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"</li> </ul> |
| <b>SECCIÓN B: DESARROLLO DEL CASO</b>   |  |   |
| <b>13. Hechos</b>   |  |   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Los hechos del presente caso se relacionan con la aprobación del Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud, el cual autorizaba la práctica de la fecundación in vitro (FIV) para parejas conyugales y regulaba su ejecución. La FIV fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000.</li> <li>- El 7 de abril de 1995 se presentó una acción de inconstitucionalidad contra dicho Decreto Ejecutivo, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema anuló por inconstitucional el Decreto Ejecutivo.</li> <li>- Nueve parejas presentaron una petición a la CIDH debido a esta situación. En todas las personas se evidenció: i) las causas de infertilidad de cada pareja; ii) los tratamientos a los cuales recurrieron para combatir dicha condición; iii) las razones por las cuales acudieron a la FIV; iv) los casos en que se interrumpió el tratamiento para realizar la FIV debido a la sentencia de la Sala Cuarta, y v) los casos en que las parejas debieron viajar al exterior para realizarse dicho procedimiento.</li> </ul> |  |   |
| <b>14. Procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</b>  |  |   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Fecha de presentación de la petición: 19 de enero de 2001</li> <li>- Fechas de informes de admisibilidad (25/04): 11 de marzo de 2004</li> <li>- Fecha de informe de fondo (85/10): 14 de julio de 2010</li> </ul>   |  |   |
| <b>15. Procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos</b>   |  |   |
| <ul style="list-style-type: none"> <li>- Fecha de remisión del caso a la Corte IDH: 29 de julio de 2011</li> <li>- Petitorio de la CIDH: La CIDH presentó la demanda en este caso con el objeto de que la Corte IDH decidiera si el Estado violó los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna,</li> </ul>  |  |   |

Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquina Arroyo Fonseca, Giovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

- Petitorio de los representantes de las víctimas: El representante Molina alegó la violación de los artículos 17.2, 11.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa. El representante Trejos Salas alegó la violación de los artículos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 y 24 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio de las presuntas víctimas que representa.

- Fecha de audiencia ante la Corte IDH: 5 y 6 de septiembre de 2012

## 16. Competencia y Admisibilidad

### I. Excepciones Preliminares

#### 1.1. Falta de agotamiento de recursos internos

24. La Corte observa que lo primero que procede determinar en relación con esta excepción es el tipo de alegatos que presentó el Estado antes de la emisión del informe de admisibilidad, es decir, en el momento procesal oportuno para plantear esta excepción. Al respecto, el Estado sólo presentó un escrito en relación con este tema, el 23 de enero de 2004, en el que señaló que una de las víctimas "podría haber acudido en amparo". El escrito donde el Estado analizó la posible idoneidad de la jurisdicción contencioso administrativa para resolver el presente caso fue presentado en 2008, cuatro años después de emitido el informe de admisibilidad. En consecuencia, la Corte considera que los argumentos planteados en relación con la necesidad de agotar procedimientos contencioso administrativos o demandar la omisión en la regulación del procedimiento de la FIV según los parámetros establecidos por la Sala Constitucional, resultan extemporáneos y el análisis se concentrará en los alegatos en torno al recurso de amparo.

27. (...) [E]l Tribunal considera que interponer un recurso de amparo no era idóneo para remediar la situación de las presuntas víctimas, dado que el más alto tribunal en la jurisdicción constitucional había emitido su decisión final respecto a los problemas jurídicos centrales que deben resolverse en el presente caso en relación con los alcances de la protección de la vida prenatal (...). Dado que la Sala Constitucional es la que conoce de todos los recursos de amparo que se interponen en Costa Rica, esa misma Sala sería la que hubiera tenido que valorar el eventual recurso de amparo que interpusieran las presuntas víctimas. Asimismo, las presuntas víctimas pretendían recibir el tratamiento médico de la FIV en el marco de la regulación prevista en el Decreto Ejecutivo. Ante la declaración de inconstitucionalidad del decreto en su conjunto, la posibilidad de acceder a la FIV bajo las condiciones establecidas por la Sala Constitucional es sustancialmente diferente a los intereses y pretensiones de las presuntas víctimas. Por ende, en las circunstancias específicas del presente caso, la Corte considera irrazonable exigir a las presuntas víctimas que tuvieran que seguir agotando recursos de amparo si la más alta instancia judicial en materia constitucional se había pronunciado sobre los aspectos específicos que controvierten las presuntas víctimas. Así las cosas, la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no podía ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado.

28. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

#### 1.2. Extemporaneidad de la petición presentada por Karen Espinoza y Héctor Jiménez Acuña

33. En el presente caso, la petición inicial fue presentada el 19 de enero de 2001. En ese momento el entonces representante legal de las víctimas no había hecho una determinación

específica e individualizada de las presuntas víctimas. La inclusión de la señora Espinoza y del señor Jiménez ocurrió a través de un escrito presentado el 10 de octubre de 2003. En el proceso ante la Corte ha sido informado que la señora Espinoza se enteró de su infertilidad en julio de 2002.

36. Por tanto, la Corte considera que, en el presente caso, no encuentra elementos para apartarse de la decisión de admisibilidad adoptada por la Comisión Interamericana, ya que: a) sigue en vigor la Sentencia emitida por la más alta instancia de la jurisdicción constitucional, b) las víctimas no tenían por qué tener conocimiento de su situación de infertilidad al momento en que se emitió dicha Sentencia, y c) se interpuso la petición en el año siguiente al momento de conocer que dicha Sentencia impediría el acceso a la FIV.

37. Por todo lo indicado anteriormente, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

### **1.3. Incompetencia de la Corte para conocer "hechos nuevos no incluidos" en los "hechos de la demanda"**

40. Tal como ha sido señalado, las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado, mediante la objeción de la admisibilidad de un caso o la competencia del Tribunal para conocer de un determinado caso o de alguno de sus aspectos, ya sea en razón de la persona, materia, tiempo o lugar, siempre y cuando dichos planteamientos tengan el carácter de preliminares. Si estos planteamientos no pudieran ser revisados sin entrar a analizar previamente el fondo de un caso, no pueden ser analizados mediante una excepción preliminar. En el presente caso, la Corte considera que no corresponde pronunciarse de forma preliminar sobre el marco fáctico del caso, ya que dicho análisis corresponde al fondo del caso (...). Asimismo, los alegatos planteados por el Estado al interponer la excepción preliminar serán tomados en cuenta al establecer los hechos que este Tribunal considera como probados y determinar si el Estado es internacionalmente responsable de las alegadas violaciones a los derechos convencionales, así como al precisar el tipo de daños que eventualmente podrían generarse en perjuicio de las presuntas víctimas. En razón de lo expuesto, la Corte desestima la excepción preliminar interpuesta por el Estado.

## **II. Competencia**

41. La Corte Interamericana es competente para conocer el presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Costa Rica es Estado Parte de la Convención desde el 8 de abril de 1970 y reconoció la competencia contenciosa del Tribunal el 2 de julio de 1980.

### **17. Reconocimiento de responsabilidad internacional**

No se consigna

### **18. Análisis de fondo**

**I. Derechos a la vida privada y familiar y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación**

**1.1. Alcance de los derechos a la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar en el presente caso**

142. El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Además, esta Corte ha interpretado en forma amplia el artículo 7 de la Convención Americana al señalar que éste incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana. Asimismo, la Corte ha resaltado el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones.

143. El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida privada abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.

144. La Corte considera que el presente caso trata de una combinación particular de diferentes aspectos de la vida privada, que se relacionan con el derecho a fundar una familia, el derecho a la integridad física y mental, y específicamente los derechos reproductivos de las personas.

145. En primer lugar, el Tribunal resalta que, a diferencia de lo dispuesto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el cual sólo se protege el derecho a la vida familiar bajo el artículo 8 de dicho Convenio, la Convención Americana cuenta con dos artículos que protegen la vida familiar de manera complementaria. Al respecto, la Corte reitera que el artículo 11.2 de la Convención Americana está estrechamente relacionado con el derecho reconocido en el artículo 17 de la misma. El artículo 17 de la Convención Americana reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona y en la sociedad en general. La Corte ya ha indicado que el derecho de protección a la familia conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas. El artículo 17.2 de la Convención Americana protege el derecho a fundar una familia, el cual está ampliamente consagrado en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.

146. En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la

Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos". Este derecho es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Así, la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.

147. En tercer lugar, la Corte resalta que, en el marco del derecho a la integridad personal, ha analizado algunas situaciones de particular angustia y ansiedad que afectan a las personas, así como algunos impactos graves por la falta de atención médica o los problemas de accesibilidad a ciertos procedimientos en salud. (...)

148. La Corte ha señalado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades. (...)

149. (...) La salud reproductiva implica (...) los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.

150. Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.

151. En el presente caso el Estado considera que los derechos mencionados podían ejercerse de diversas maneras, bajo el supuesto de que no existía una prohibición absoluta de la FIV. Este aspecto ha sido controvertido por las demás partes. Por tal razón, la Corte determinará a continuación si existió una restricción de los derechos que se han mencionado para luego analizar la justificación que hizo el Estado para sustentar tal restricción.

### **1.2. Efectos de la prohibición absoluta de la FIV**

162. Al comprobarse que existió una injerencia tanto por el efecto prohibitivo que en general causó la sentencia de la Sala Constitucional, así como el impacto que lo anterior produjo en las presuntas víctimas en el presente caso, la Corte considera necesario entrar a analizar si dicha injerencia o restricción se encuentra justificada. Antes de entrar a efectuar un juicio de proporcionalidad al respecto, el Tribunal estima pertinente analizar en detalle el argumento principal desarrollado por la Sala Constitucional: que la Convención Americana obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones.

### **1.3. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el presente caso**

172. Hasta el momento la jurisprudencia de la Corte no se ha pronunciado sobre las controversias que suscita el presente caso en lo que respecta al derecho a la vida. En casos de ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y muertes imputables a la falta de adopción de medidas por parte de los Estados, la Corte ha señalado que el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce pleno es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. En virtud de este papel fundamental que se le asigna en

la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho. Asimismo, la Corte ha señalado que el derecho a la vida presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa) y que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de todos quienes se encuentren bajo su jurisdicción. Ello incluye adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a las condiciones que garanticen una vida digna.

173. (...) Para analizar si existe una obligación de protección absoluta en esos términos, la Corte procede a analizar el alcance de los artículos 1.2 y 4.1 de la Convención Americana respecto a las palabras "persona", "ser humano", "concepción" y "en general". El Tribunal reitera su jurisprudencia según la cual una norma de la Convención debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, el cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En ese marco, a continuación se realizará una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.

#### **a) Interpretación conforme al sentido corriente de los términos**

176. En el presente caso, la Corte observa que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los Estados Parte. Sin embargo, para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano", términos cuyo alcance debe valorarse a partir de la literatura científica.

179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de "la concepción". En efecto, la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de "concepción" que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer.

185. (...) [R]especto a la controversia de cuándo empieza la vida humana, la Corte considera que se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida. Sin embargo, para la Corte es claro que hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a concepciones que le confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas concepciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten.

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonadotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella.

Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (...)

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

190. Por otra parte y tomando bajo consideración que el artículo 4.1 es asunto materia de la discusión del presente caso y lo fue en el ámbito de lo debatido ante la Sala Constitucional, el Tribunal estima pertinente interpretar dicho artículo utilizando los siguientes métodos de interpretación, a saber, la interpretación sistemática e histórica, evolutiva y teleológica.

#### **b) Interpretación sistemática e histórica**

244. La Corte concluye que la Sala Constitucional se basó en el artículo 4 de la Convención Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. No obstante, de ninguno de estos artículos o tratados es posible sustentar que el embrión pueda ser considerado persona en los términos del artículo 4 de la Convención. Tampoco es posible desprender dicha conclusión de los trabajos preparatorios o de una interpretación sistemática de los derechos consagrados en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

#### **c) Interpretación evolutiva**

246. En el presente caso, la interpretación evolutiva es de especial relevancia, teniendo en cuenta que la FIV es un procedimiento que no existía al momento en el que los redactores de la Convención adoptaron el contenido del artículo 4.1 de la Convención (...). Por tanto, la Corte analizará dos temas en el marco de la interpretación evolutiva: i) los desarrollos pertinentes en el derecho internacional y comparado respecto al status legal del embrión, y ii) las regulaciones y prácticas del derecho comparado en relación con la FIV.

##### *- El estatus legal del embrión*

253. (...) [L]a Corte observa que las tendencias de regulación en el derecho internacional no llevan a la conclusión que el embrión sea tratado de manera igual a una persona o que tenga un derecho a la vida.

##### *- Regulaciones y prácticas sobre la FIV en el derecho comparado*

256. La Corte considera que, a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. Ello significa que, en el marco de la práctica de la mayoría de los Estados Parte en la Convención, se ha interpretado que la Convención permite la práctica de la FIV. El Tribunal considera que estas prácticas de los Estados se relacionan con la manera en que interpretan los alcances del artículo 4 de la Convención, pues ninguno de dichos Estados ha considerado que la protección al embrión deba ser de tal magnitud que no se permitan las técnicas de reproducción asistida o, particularmente, la FIV. En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona.

#### **d) El principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado**

263. (...) [L]a Corte concluye que el objeto y fin de la cláusula "en general" del artículo 4.1 de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos

e intereses en conflicto. En el caso que ocupa la atención de la Corte, basta señalar que dicho objeto y fin implica que no pueda alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos.

#### **e) Conclusión de la interpretación del artículo 4.1**

264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general.

#### **1.4. Proporcionalidad de la medida de prohibición**

272. La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. A continuación se analizará la presunta justificación de la interferencia que ha efectuado el Estado en relación con el ejercicio de estos derechos.

273. Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el presente caso, la Corte ha resaltado que el "derecho absoluto a la vida del embrión" como base para la restricción de los derechos involucrados, no tiene sustento en la Convención Americana (...), razón por la cual no es necesario un análisis en detalle de cada uno de dichos requisitos, ni valorar las controversias respecto a la declaración de inconstitucionalidad en sentido formal por la presunta violación del principio de la reserva de ley. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal estima pertinente exponer la forma en que el sacrificio de los derechos involucrados en el presente caso fue desmedido en relación con las ventajas que se aludían con la protección del embrión.

274. Para esto, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción de la protección de la vida prenatal, sin hacer nugatorio los derechos a la vida privada y a fundar una familia. Para efectuar esta ponderación se debe analizar: i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

276. La Corte efectuará una ponderación en la que analizará: i) la severidad de la interferencia ocurrida en los derechos a la vida privada y familiar y los demás derechos involucrados en el presente caso. Asimismo, esta severidad es analizada desde el impacto desproporcionado relacionado con: ii) la discapacidad; iii) el género, y iv) la situación socioeconómica. Finalmente se evaluará: v) la controversia sobre la alegada pérdida embrionaria.

#### **a) Severidad de la limitación de los derechos involucrados en el presente caso**

--

279. En primer lugar, la prohibición de la FIV impactó en la intimidad de las personas, toda vez que, en algunos casos, uno de los efectos indirectos de la prohibición ha sido que, al no ser posible practicar esta técnica en Costa Rica, los procedimientos que se impulsaron para acudir a un tratamiento médico en el extranjero exigían exponer aspectos que hacían parte de la vida privada.

281. En segundo lugar, respecto a la afectación de la autonomía personal y del proyecto de vida de las parejas, la Corte observa que la FIV suele practicarse como último recurso para

superar graves dificultades reproductivas. Su prohibición afectó con mayor impacto los planes de vida de las parejas cuya única opción de procrear es la FIV (...).

282. En tercer lugar, se vio afectada la integridad psicológica de las personas al negarles la posibilidad de acceder a un procedimiento que hace posible desplegar la libertad reproductiva deseada. (...)

284. De manera que, por las razones señaladas, las parejas sufrieron una interferencia severa en relación con la toma de decisiones respecto a los métodos o prácticas que deseaban intentar con el fin de procrear un hijo o hija biológicos. Pero también existieron impactos diferenciados en relación con la situación de discapacidad, el género y la situación económica, aspectos relacionados con lo alegado por las partes respecto a la posible discriminación indirecta en el presente caso.

**b) Severidad de la interferencia como consecuencia de la discriminación indirecta por el impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica**

287. La Corte considera que el concepto de impacto desproporcionado está ligado al de discriminación indirecta, razón por la cual se entra a analizar si en el presente caso existió un impacto desproporcionado respecto a discapacidad, género y situación económica.

*- Discriminación indirecta en relación con la condición de discapacidad*

289. Del artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante "CDPD") se desprende el derecho de las personas con discapacidad de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. (...)

291. En (...) [El Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad] se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. (...)

293. Con base en estas consideraciones y teniendo en cuenta la definición desarrollada por la OMS según la cual la infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo (...), la Corte considera que la infertilidad es una limitación funcional reconocida como una enfermedad y que las personas con infertilidad en Costa Rica, al enfrentar las barreras generadas por la decisión de la Sala Constitucional, debían considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, que incluyen el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva. Dicha condición demanda una atención especial para que se desarrolle la autonomía reproductiva.

*- Discriminación indirecta en relación con el género*

294. La Corte considera que la prohibición de la FIV puede afectar tanto a hombres como a mujeres y les puede producir impactos desproporcionados diferenciados por la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

302. La Corte resalta que estos estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos. El Tribunal no está validando dichos estereotipos y tan sólo los reconoce y visibiliza para precisar el impacto desproporcionado de la interferencia generada por la sentencia de la Sala Constitucional.

- *Discriminación indirecta en relación con la situación económica*

303. Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. (...)

**c) Controversia sobre la alegada pérdida embrionaria**

309. No le corresponde a la Corte determinar cuál teoría científica debe prevalecer en este tema ni corresponde analizar a profundidad cuál perito tiene la razón en estos temas que son ajenos a la experticia de la Corte. Para el Tribunal es suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente es concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones. Asimismo, tanto el perito Zegers como el perito Caruso concordaron en señalar que las estadísticas sobre pérdida embrionaria en los embarazos naturales son poco medibles a comparación con la medición de las pérdidas en la FIV, lo cual limita el alcance que se procura dar a algunas de las estadísticas que se han presentado ante la Corte.

311. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encuentra desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica de la FIV. El Tribunal comparte el concepto del perito Zegers-Hochschild según el cual '[e]s fundamental desde una perspectiva biomédica diferenciar lo que significa proteger el derecho a la vida de lo que significa garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualesquier regulación social o jurídica. Lo que corresponde a las instituciones responsables de las [técnicas de reproducción asistida], es proveer a las estructuras celulares (gametos y embriones) de las mejores condiciones con que cuenta el conocimiento médico y científico para que la potencialidad de ser persona, pueda expresarse al nacer [...]'. El Tribunal reitera que, precisamente, uno de los objetivos de la FIV es contribuir con la creación de vida (...).

313. En suma, tanto en el embarazo natural como en técnicas como la de la inseminación artificial existe pérdida embrionaria. La Corte observa que existen debates científicos sobre las diferencias entre el tipo de pérdidas embrionarias que ocurren en estos procesos y las razones de las mismas. Pero lo analizado hasta el momento permite concluir que, teniendo en cuenta las pérdidas embrionarias que ocurren en el embarazo natural y en otras técnicas de reproducción que se permiten en Costa Rica, la protección del embrión que se busca a través de la prohibición de la FIV tiene un alcance muy limitado y moderado.

**d) Conclusión sobre el balance entre la severidad de la interferencia y el impacto en la finalidad pretendida**

316. (...) La Corte concluye que la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia. Asimismo, la interferencia tuvo efectos discriminatorios. Además, teniendo en cuenta estas conclusiones sobre la ponderación y lo ya señalado respecto al artículo 4.1 de la Convención (...), la Corte no considera pertinente pronunciarse sobre los alegatos del Estado respecto a que contaría con un margen de apreciación para establecer prohibiciones como la efectuada por la Sala Constitucional.

**1.4. Conclusión final sobre el fondo del caso**

317. Por todo lo anteriormente reseñado durante el presente capítulo, la Corte declara la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuri Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.

## 19. Reparaciones

La Corte dispone que,

- La Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas constituye *per se* una forma de reparación.
- El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.
- El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.
- El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.
- El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.
- El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.
- El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.
- El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos.
- El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.
- La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

## 20. Puntos resolutivos

|   |  |                |
|---|--|----------------|
| <p>La Corte decide,</p> <p>- Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado</p> <p>La Corte declara que,</p> <p>- El Estado es responsable por la vulneración de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Viktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma y Oriéster Rojas Carranza.</p> |  |                |
| <b>21. Voto(s) separado(s)</b>  |  |                |
| <b>Nombre</b>   | Juez Diego García-Sayán  |                |
| <b>Tipo de voto</b>   | Voto Concurrente (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) |                |
| <b>Nombre</b>   | Juez Eduardo Vio Grossi  |                |
| <b>Tipo de voto</b>   | Voto Disidente (Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)   |                |
| <b>SECCIÓN C: ACTUACIONES POSTERIORES A LA SENTENCIA</b>  |  |                |
| <b>22</b>   | <b>Sentencia de interpretación</b>   | No se consigna |
| <b>23</b>   | <b>Supervisión de cumplimiento de sentencia</b>  | No se consigna |

EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC  
LIMA  
L.J.T.A. e I.M.T.A

## **RAZÓN DE RELATORÍA**

Vista la causa 02079-2009-PHC/TC por la Sala Primera del Tribunal Constitucional y habiéndose producido discordia entre los magistrados que la integran, Landa Arroyo, Calle Hayen y Álvarez Miranda, ha dirimido la cuestión el magistrado Eto Cruz.

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima (Arequipa), a los 9 días del mes de setiembre de 2010, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los Magistrados Calle Hayen, Álvarez Miranda y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular, adjunto del magistrado Landa Arroyo

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Vicenta Eulogia Aliaga Blas a favor de las menores L. J. T. A. e I. M. T. A. contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 122, su fecha 15 de diciembre de 2008, que declaró infundada la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 5 de setiembre de 2008, la recurrente interpone demanda de hábeas corpus contra doña Amparo Morales y doña Ana Mendoza, quienes son empleadas del Puericultorio Pérez Aranibar. Sostiene que es madre de las favorecidas y que a fin de que lleven una buena educación las internó en la mencionada institución, la que le entregó un Carnet de Apoderada con el que podía visitarlas y sacarlas los fines de semana para llevarlas a su domicilio. Refiere que a partir del mes de agosto de 2008 las emplazadas habían dado una orden para que no pueda verlas ni sacarlas los fines de semana indicando que la menor L. J. T. A. había sido víctima de un delito sexual, ilícito que se encontraba en investigación ante la Comisaría de Huaycán. Posteriormente al acudir ante el fiscal de familia, éste le precisó que la abogada y la asistente de la citada institución habían presentado una denuncia contra la libertad sexual ya que la aludida menor había redactado una denuncia manifestando que había sido víctima del delito contra el pudor. Afirma que el hecho de no poder verlas ni llevarlas a su domicilio significa para ellas un daño psicológico y que,

además, atenta contra los derechos a la libertad individual, integridad física y libertad de locomoción.

Realizada la investigación sumaria, con fecha 10 de setiembre de 2008, se levantó un Acta de Verificación en el Puericultorio Pérez Aranibar. Se consigna en el Acta que la directora María Elsa de Rossi Fatacioli señala que las beneficiarias se encuentran internadas desde el día 4 de abril de 2007 y que la demandante las visita cada fin de semana; que no obstante, a la fecha no le permite retirarlas por cuanto existe una denuncia por tocamientos en partes íntimas a la menor L. J. T. A., lo que habría ocurrido en el mismo inmueble de la demandante, hechos que son materia de una denuncia que se investiga en la Comisaría de Huaycán y por los que su representada tomó la decisión que se cuestiona como medida de prevención y protección de las menores.

De otro lado, la aludida menor señala que se encuentra bien en el Puericultorio y que salía semanalmente a su domicilio; que sin embargo ya no quiere retornar ya que allí se encuentra la persona que le realiza tocamientos, hecho que contó a su mamá (la demandante) en la última visita que ésta les hizo. Asimismo, la menor I. M. T. A. Manifiesta que en el Puericultorio la tratan bien; que su mamá viene a visitarle todos los domingos, que la extraña y que hace un tiempo no va a su casa. En este acto el médico legista declara que las menores no presentan huellas traumáticas recientes.

Por otra parte, la demandante refiere que el domingo 30 de agosto fue a visitar a sus hijas pero que llegó tarde; que sin embargo, el día domingo antepasado sí pudo visitarlas aunque no llevarlas a su casa; agrega que el daño físico y psicológico se pone de manifiesto con la retención física de las menores.

Finalmente, las personas demandadas, independientemente, señalan: *i)* que una vez enteradas de los hechos ocurridos a la menor L. J. T. A., se informó de ello a la directora del Puericultorio para que se tome las acciones pertinentes; *ii)* que con fecha 27 de agosto de 2009 se comunicó a la demandante que podía visitar a las menores de lunes a viernes, mas no retirarlas de la institución; *iii)* que se comunicó a la demandante de los hechos que motivaban el impedimento de salida, medida que es momentánea mientras duren las investigaciones; y *iv)* que las visitas de la demandante continuarán realizándose tanto es así que no se le confiscó el carnet.

El Vigésimo Primer Juzgado de Lima, con fecha 7 de octubre 2008, declaró infundada la demanda por considerar que a la demandante no se le ha impedido visitar a las menores y que se configuró actos contra el pudor, hechos por los que la suspensión de la salida de las menores es con el fin de que no tengan contacto con el agresor.

La Sala Superior revisora confirmó la sentencia apelada por su mismo

fundamento, agregando que con fechas 3, 7, 14 y 21 de setiembre de 2008 la demandante visitó a las beneficiarias en forma regular.

## FUNDAMENTOS

### Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que en sede constitucional se disponga que el Puericultorio Pérez Aranibar: **a)** permita que la demandante visite a las menores favorecidas L.J. T. A. e I. M. T. A., (de 9 y 7 años, respectivamente), y **b)** permita que la demandante retire a las mencionadas menores para llevarlas a su domicilio, conforme se tenía programado hasta antes de la medida de impedimento que se cuestiona en los *Hechos* de la demanda.

Con tal propósito, la demandante (madre de las beneficiarias) alega afectación a los derechos a la libertad de tránsito e integridad personal en su aspecto psíquico, en conexidad con el derecho a la libertad personal de las citadas menores de edad.

Cabe indicar que mediante el escrito del recurso de agravio constitucional, de fecha 21 de enero de 2009, la recurrente precisó: “(...) no [se] tiene en cuenta que una cosa es visitar, y otra, sacar a mis hijas del Centro de menores para ir conmigo a mi casa”.

### Del derecho a la libertad de tránsito

2. El derecho a la libertad de tránsito, reconocido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se encuentra establecido por el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 12.2 y 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estatuyen: “*Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio*”, y que “*(...) no podrá ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley (...)*”.
3. La Constitución Política de 1993 ha consagrado el proceso de hábeas corpus como la garantía que procede contra el hecho u omisión, de parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad personal o los derechos constitucionales conexos a ella, entre ellos la libertad de tránsito. A su turno el Código Procesal Constitucional en el artículo 25º, *inciso* 6, prevé la procedencia del proceso libertario ante la acción u omisión que amenace o vulnere “El derecho de los nacionales o de los extranjeros residentes a ingresar, transitar o salir del territorio nacional, salvo mandato judicial o aplicación de la Ley de Extranjería o de Sanidad”.
4. Por mandato expreso de la propia Constitución y conforme a lo señalado

por los instrumentos internacionales antes referidos, el derecho a la libertad de tránsito es sometido a una serie de límites o restricciones en su ejercicio. Así, las restricciones de carácter explícito se encuentran reconocidas de modo expreso y pueden estar referidas tanto a supuestos de tipo ordinario, como los enunciados por el inciso 11) del artículo 2° de la Constitución (mandato judicial, aplicación de la ley de extranjería o razones de sanidad), como a supuestos de tipo extraordinario (los previstos en los incisos 1 y 2 del artículo 137° de la Constitución, referidos a los estados de emergencia y de sitio, respectivamente).

Sin embargo, las restricciones implícitas, a diferencia de las explícitas, resultan mucho más complejas en cuanto a su delimitación, aunque no, por ello, inexistentes o carentes de relevancia constitucional. “Se trata, en tales supuestos, de vincular el derecho reconocido (en este caso, la libertad de tránsito) con otros derechos o bienes constitucional [es]” a fin de poder determinar, dentro de una técnica de ponderación, cuál de ellos es el que, en determinadas circunstancias, debe prevalecer [Cfr. [Expediente N.° 08974-2006-PHC/TC](#)]. Por ejemplo, tenemos el supuesto, en determinado caso concreto, en el que la restricción al derecho a la libertad de tránsito resulta válida frente a la preservación de la seguridad ciudadana, supuesto específico en el que, bajo determinados parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, es posible que resulte constitucional la limitación a este derecho.

5. El propósito fundamental del *hábeas corpus restringido* es tutelar el ejercicio del atributo *ius movendi et ambulandi*, derecho que constituye la posibilidad de desplazarse autodeterminativamente en función de las propias necesidades y aspiraciones personales, a lo largo y ancho del territorio, así como a ingresar o salir de él cuando así se desee. Asimismo, es materia de su tutela, en su acepción más amplia, en determinados supuestos en los cuales se denuncia el impedimento ilegítimo e inconstitucional de acceso [o salida] a ciertos lugares, como lo es el propio domicilio [Cfr. [Expediente N.° 07455-2005-PHC/TC](#) F. J. 7, caso *María Luisa Gaytán Roncal y Otra*].

Se trata, en definitiva, de un imprescindible derecho individual y de un elemento conformante de la libertad [Cfr. [Expediente N.° 2876-2005-PHC/TC](#) F. J. 11]. No obstante, el derecho a la libertad de tránsito no es un derecho absoluto, puesto que, como anteriormente se expuso, se encuentra sometido a límites o restricciones en su ejercicio.

Por consiguiente, en el presente proceso constitucional cabe analizar si los hechos denunciados comportan la presunta afectación al derecho a la libertad de tránsito de las favorecidas, y si ello es así, determinar si aquella es conforme a la Constitución y las normas que tutelan los derechos de los niños y adolescentes o si, por el contrario, resulta indebida.

## **Del derecho a la integridad personal**

6. La Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 5° que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. En este sentido la Constitución recoge en su artículo 2°, inciso 24), h), a esta norma al señalar que “Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o tratos inhumanos o humillantes”; es en ese sentido que el Código Procesal Constitucional fija en el catálogo de derechos protegidos por el hábeas corpus (artículo 25°, inciso 1) la salvaguarda del derecho a la integridad personal.
7. En este contexto jurídico, este Tribunal Constitucional, cumpliendo la misión que la Constitución le ha encomendado, ha señalado a través de su abundante jurisprudencia que el contenido esencial del derecho a la integridad personal comporta los ámbitos físico, psíquico y moral, atributos que constituyen la esencia mínima e imperturbable de la esfera subjetiva del individuo. Respecto al ámbito psíquico del derecho a la integridad personal, se ha precisado que éste se expresa en la preservación del aspecto emocional y de las habilidades motrices e intelectuales del individuo [Cfr. Expediente N.° [2333-2004-HC/TC](#)].  
Ahora bien, teniendo en cuenta el aspecto emocional de la integridad psíquica de la persona observamos que aquel presenta una especial manifestación para con el niño, pues este Colegiado entiende que comprende la necesidad de que *i)* el sentimiento de seguridad sea progresivo o por lo menos estable, y *ii)* la estabilidad emocional de la cual goza no se vea perturbada *ni* reducida por agentes o elementos exteriores. Es por ello que el afecto, el cariño, la empatía, la aceptación y los estímulos que recibe un niño de sus padres refuerzan su expresión emocional y el desarrollo de su personalidad; razonamiento que guarda concordancia con lo establecido en el artículo 4° del Código de los Niños y Adolescentes, en lo que concierne a la integridad psíquica, libre desarrollo y bienestar.

### **Interés Superior del Niño y del Adolescente**

8. La Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú el año 1990, reconoce al niño como sujeto de derechos al definirlo según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la sociedad y la familia. En su artículo 3° señala:
  1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.
  2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.
  3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por

las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (énfasis agregado).

Aquí cabe mencionar que la Convención sobre los Derechos del Niño precisa que “[s]e entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)”.

9. La Declaración de los Derechos del Niño señala en sus principios 7 y 8 que: “[e]l interés superior del niño deber ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”, pues “[e]l niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”.
10. En esta línea normativa es relevante subrayar que corresponderá a los Estados velar porque en cualquier medida adoptada por instituciones públicas o privadas relativas a los niños, así como en cualquier controversia en la que se vea involucrado, sea imperativo tener como premisa de acción la atención prioritaria al interés superior del niño.
11. La Constitución Política de Perú señala en su artículo 4º que “[l]a comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)”. La tutela permanente que con esta disposición se reconoce tiene una base justa en el interés superior del niño y del adolescente, doctrina que se ha admitido en el ámbito jurídico como parte del bloque de constitucionalidad conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, a través del artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, precisándose que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo y Ministerio Público, entre otros, se considerará prioritario el principio del interés superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.

Por tanto, el fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente que la Constitución otorga radica en la especial situación en que dichos menores de edad se encuentran, es decir, en plena etapa de formación integral, en tanto personas [Cfr. [3330-2004-AA/TC](#), caso *Ludesminio Loja Mori*].

Se debe indicar que el artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes precisa que se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad, y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. Por tanto, entendemos que cuando los instrumentos internacionales aluden al niño como sujeto de derechos (párrafo final del Fundamento 8), para nuestra

legislación nacional comprende tanto a los niños como a los adolescentes, resultando que en nuestro caso las menores favorecidas son *niñas* (Fundamento 1).

12. En esta línea, el Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del interés superior del niño en la sentencia recaída en el [Expediente N.º 06165-2005-HC/TC](#) (Fundamento 14), en la que precisó la responsabilidad de la salvaguardia del principio del interés superior de los niños y adolescentes, y su percepción al señalar:

“La tutela que ha sido prevista en la Norma Fundamental es permanente, pero como se ha ido estableciendo, la responsabilidad no sólo es del Estado, pese a que siempre los reclamos son dirigidos a éste, sino de la comunidad toda. Entonces, por más que se reconozca una protección superlativa a los niños y adolescentes (...), ello no es óbice para que este Colegiado acepte y apoye cualquier tipo de actividad que se realice para con ellos” (énfasis agregado).

13. En consecuencia, el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no sólo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente.

En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos. Es en este sentido que el análisis de una controversia constitucional de los derechos del niño debe realizarse a la luz del interés superior del niño y del adolescente, principio investido de fuerza normativa que en el presente caso debe ser concebido como vértice de interpretación de los derechos (de las menores favorecidas) materia de la controversia constitucional que nos ocupa.

#### **Presupuestos para el análisis de la controversia constitucional planteada en el presente caso**

14. En el presente caso, de los fundamentos antes expuestos, tenemos: *a)* se ha

delimitado el contenido de los derechos involucrados; **b)** los hechos que, a decir de la demandante, presuntamente resultarían inconstitucionales por un agravio directo de los derechos de las niñas L. J. T. A. e I. M. T. A., quienes son las favorecidas del presente hábeas corpus, y **c)** los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional.

15. Por consiguiente, en tanto los derechos del niño se encuentren sometidos a una controversia constitucional, toca a la justicia constitucional compatibilizarlos con el interés superior del niño como vértice de su interpretación, lo que implica diferentes grados posibles de incidencia del derecho al niño, de los cuales el Juez determinará el límite a partir del cual se configura el agravio constitucional.
16. Por otra parte, en cuanto a los derechos cuya tutela se exige es de resaltar que en cuanto al derecho a la libertad de tránsito, se manifiestan restricciones de carácter implícito, resultando que, a diferencia de las explícitas, las restricciones implícitas resultan mucho más complejas ya que para delimitar su configuración y el grado de efecto negativo que configure un eventual agravio constitucional es imprescindible realizar un juicio de ponderación constitucional entre el derecho afectado y el derecho o bien constitucional materia de colisión, a fin de determinar si la razonabilidad y proporcionalidad de la medida resulta conforme a la Constitución, análisis constitucional que inobjetablemente corresponde ser realizado en cada caso concreto.
17. Respecto a lo anteriormente expuesto es pertinente subrayar que el deber de velar por el interés superior del niño y sus derechos, así como por la responsabilidad de su tutela, compete no sólo al Estado sino a la comunidad toda. Sin embargo, esto último no significa que en sede constitucional se termine validando cualquier tipo de acciones que tome determinada institución, la comunidad o el propio Estado so pretexto de la salvaguardia del interés superior del niño presuntamente afectado, sino que para que ello ocurra, la vulneración a este derecho debe desprenderse de cada caso concreto (caso por caso), como ocurre en el presente hábeas corpus cuyo objeto, entre otro, persigue la reposición del derecho a la libertad de locomoción de las favorecidas.

#### **Análisis del caso materia de controversia constitucional**

- a) ***Respecto a la supuesta arbitrariedad que constituiría la imposibilidad de que la recurrente efectúe las visitas a las niñas favorecidas en el interior del Puericultorio Pérez Aranibar (institución en la que se encuentran internas por determinación propia de la demandante, conforme sostiene en la demanda)***

18. En cuanto a este extremo, este Tribunal Constitucional advierte que dicha supuesta arbitrariedad encuentra conexidad con el derecho a la integridad psíquica de las niñas favorecidas, pues es razonable afirmar que la carencia de las visitas habituales a las niñas por parte de su madre implica el desmedro de los sentimientos de seguridad y estabilidad emocional, pues las cuestiones afectivas propias del desarrollo de su personalidad, como lo son el afecto, el cariño, la empatía, la aceptación y los estímulos necesarios para ellas, se ven vitalmente reducidas.
19. No obstante lo anteriormente expuesto, de los actuados del presente hábeas corpus se tiene las copias del Cuaderno de Vistas (fojas 74) de la aludida institución, instrumental de la que se aprecia: *i*) que la demandante retomó las visitas periódicas en fechas posteriores a la postulación de la demanda; asimismo, *ii*) que de una revisión integral de los actuados y de las instrumentales que corren en los autos, respecto a este tema, no se advierte hechos u acciones que pongan de manifiesto la afectación a la integridad personal en el ámbito psíquico de las beneficiarias, posibles afectaciones respecto al agravio a este derecho que en este extremo son el asunto de la demanda y la materia del presente pronunciamiento constitucional.
20. Por consiguiente, siendo la finalidad de los procesos constitucionales, entre ellos el hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho fundamental a la libertad personal o un derecho conexo a éste, concluimos que en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente al carecer de objeto emitir pronunciamiento sobre el asunto controvertido por haber operado la sustracción de la materia justiciable, por cuanto el supuesto agravio al derecho a la integridad psíquica de las favorecidas que se expone en los *hechos* de la demanda ha cesado en fecha posterior a su postulación, lo que se corrobora de lo expuesto por la demandante en su recurso de agravio constitucional.
21. En este punto, este Colegiado considera pertinente señalar que, aunque el derecho a la integridad física de las beneficiarias no haya sido materia de la delimitación del *objeto de la demanda*, pero sí de los argumentos que sustentan la pretensión de la demanda, de una revisión integral de los actuados así como de las instrumentales que corren en los autos no se aprecia que las emplazadas (o al interior del aludido puericultorio) hayan afectado este derecho fundamental *ni* cualquier otro hecho que haga advertir a la justicia constitucional de su configuración.

***b) En cuanto al impedimento de salida de las niñas favorecidas a fin de que***

*sean trasladadas de la aludida institución al domicilio de la demandante conforme a la habitualidad que aparece*

22. Para la determinación del presunto agravio al derecho de la libertad de tránsito de las favorecidas resulta fundamental hacer la siguiente precisión: el acto u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario, persona o la Ley que, en principio, restrinja el derecho a la libertad de tránsito no es *per se* inconstitucional, pues para que ello se configure debe resultar contrario al cuadro de valores que la Constitución establece; y es que puede resultar arbitrario aunque se sustente su legalidad, o por el contrario, en *determinado caso* es posible que aun resultando ilegal puede ser válido en términos constitucionales en atención al objetivo de protección o preservación que motivó la medida, que en definitiva constituye la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Por otro lado, para que pueda existir el correspondiente pronunciamiento constitucional que eventualmente declare la vulneración del derecho, el acto u omisión del que se denuncia su efecto negativo debe causar agravio en la persona o personas de las que se exige su tutela. Dicho de otro modo, aun cuando se haya manifestado el acto que *en principio* limitaría el derecho a la libertad de tránsito, este debe causar lesión al derecho de locomoción del sujeto pasivo que lo asume como tal o, en su defecto o controversia, aquel hecho presuntamente lesivo debe evidenciar signos de inconstitucionalidad que, aun cuando el sujeto pasivo no lo exprese o muestre su conformidad, el Juez Constitucional pueda asumir como tal al advertir la configuración del elemento agravio.
23. En este extremo, este Colegiado aprecia de los actuados que la cuestionada restricción de salida de las favorecidas que efectuara el citado Puericultorio resulta una medida de protección de su derecho a la integridad personal frente a la posibilidad de consumación de un ilícito penal de carácter sexual en contra de las aludidas niñas. En este sentido, y considerando: **i)** la manifestación de la niña L. J. T. A., consignada en el Acta de Verificación, quien señala: “*no quiero retornar ya que allí se encuentra la persona que me realiza tocamientos*”, y **ii)** el contenido del derecho a la libertad de tránsito a la luz de interpretación del principio del interés superior del niño, llegamos a la conclusión de que no se advierte la vulneración a este derecho fundamental por ausencia del *elemento agravio*.
24. En efecto, en el presente caso este Tribunal Constitucional dentro de un juicio de ponderación tiene *por un lado*: **a)** a la medida de impedimento de salida de la niñas a fin de que sean trasladadas a la casa de la madre (la demandante) según su habitualidad, lo que indudablemente afecta el derecho a la integridad psíquica de las favorecidas en la medida en que si bien este derecho se ve satisfecho con las visitas de la madre (cuestión del otro extremo de la demanda) no ocurre lo mismo con el deseo de

permanecer por más tiempo y en un lugar de placidez, como lo es el hogar de la madre; y por otro: **b)** la potencial amenaza de afectación del derecho a la integridad física de las dos niñas debido a una innecesaria exposición al presunto agresor sexual de la menor L. J. T. A., quien se encuentra precisamente en el domicilio de la demandante y a donde pretende llevarlas. Al respecto, este Colegiado advierte que este riesgo excesivo no sólo involucra la integridad física de las niñas, sino también su integridad psíquica en grado extremo, pues de configurarse el referido ilícito penal los derechos vulnerados serían irreparables en tanto traumáticos, con efectos indirectos –pero no por ello ausentes–, en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

25. Por tanto, todo lo anteriormente expuesto conduce a este Tribunal a tutelar la protección y promoción del derecho a la integridad física de la niñas favorecidas, derecho conexos con los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad personal, ello de cara a las normas referentes al interés superior del niño y la jurisprudencia constitucional de la materia. Es así que la medida adoptada por el Puericultorio Pérez Aranibar a efectos de restringir la salida de la niñas favorecidas, en su momento, resulta razonable y adecuada en términos constitucionales puesto que se justifica en el deber especial de protección que la Constitución y las normas le han asignado frente a los menores que se encuentran bajo su cuidado. Por consiguiente, la medida de protección cuestionada en el presente caso resulta apropiada, razonable y válida en términos constitucionales en aplicación del principio del interés superior del niño y del adolescente, y de la protección y promoción de los derechos a la integridad física, integridad psíquica y el libre desarrollo de la personalidad de las niñas favorecidas, expresión de salvaguardia del Puericultorio Pérez Aranibar frente al presunto ilícito penal de carácter sexual que, conforme se advierte de los autos, es materia de la correspondiente investigación preliminar en sede del fiscal de familia.

26. En consecuencia, en este extremo la demanda debe ser desestimada al no haberse acreditado la vulneración del derecho a la libertad de tránsito de las favorecidas.

Finalmente, cabe precisar que no puede pasar inadvertido a este Colegiado que el Puericultorio Pérez Aranibar, *en la sustanciación del presente proceso*, no aportó elementos que dejen establecido (posterior a la medida adoptada) que respecto a la controversia legal que compromete a las niñas favorecidas se haya realizado los trámites legales correspondientes, como lo es la respectiva medida cautelar de carácter personal ante el Juez de Familia competente. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional dispone que se remitan las copias certificadas de la presente sentencia a la

Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lima, para que actúe conforme a sus atribuciones, órgano que dentro del plazo de dos meses contados a partir de notificada la presente sentencia, debe poner en conocimiento de este Alto Tribunal lo actuado en sede fiscal y el estado del proceso judicial, esto último si fuere el caso.

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

### **HA RESUELTO**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en el extremo referido a la imposibilidad de que la recurrente visite en el Puericultorio Pérez Aranibar a las niñas favorecidas con la acción.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en cuanto al impedimento de salida de las niñas del mencionado Puericultorio al domicilio de la demandante.
3. Disponer que se remitan las copias certificadas de la presente sentencia a la Presidencia de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Lima, para que actúe conforme a sus atribuciones.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**CALLE HAYEN  
ÁLVAREZ MIRANDA  
ETO CRUZ**

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO  
LANDA ARROYO**

Lima, 26 de marzo de 2010

Con el debido respeto por la opinión de mis distinguidos colegas, emito el presente voto singular en el extremo que se declara infundada la demanda, en base a los siguientes fundamentos.

1. La demanda en el extremo referido, interpuesta por doña Vicenta Eulogia Aliaga Blas, a favor de sus dos menores hijas L.J.T.A e I.M.T.A., de 14 y 10 años de edad, respectivamente, tiene por objeto que las emplazadas doña Amparo Morales y doña Ana Mendoza, funcionarios del Puericultorio Augusto Pérez Aranibar, se *abstengan* de impedir la salida de las menores L.J.T.A e I.M.T.A al domicilio de la madre los fines de semana, tal como se venía produciendo hasta el mes de agosto de 2008, lo cual, vulnera el derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad de las menores.
2. Se advierte que el hecho que motivó la toma de decisión del impedimento de salida de las referidas menores, es que una de ellas, la menor L.J.T.A., habría sido objeto de tocamientos indebidos por parte del cuñado de la accionante, Gabriel Martín León Congo, quien domicilia a una cuadra del domicilio de la madre de la menor (fojas 23, 26 y 65), por lo que, según refieren las emplazadas, adoptaron esa decisión, a fin de prevenir y proteger a dichas menores de la consumación de una agresión sexual.
3. Estos hechos, si bien, constituirían delito contra la libertad sexual, y están siendo objeto de investigación policial por la Comisaría PNP Huaycan; también lo es, que por su particularidad constituyen actos de violencia familiar. Siendo ello así, resulta válido afirmar que en casos particulares como éste –*en los que se encuentra comprometido un menor de edad*–, es el Fiscal Provincial de Familia quien debe realizar una investigación sobre los hechos y adoptar las medidas de protección inmediatas que correspondan, con independencia de la investigación que se realice por el supuesto delito contra la libertad sexual, bajo responsabilidad.
4. En efecto, el artículo 2º del TUO de la Ley N° 26260, Ley de Protección

frente a la Violencia Familiar, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-97-JUS señala que “*A los efectos de la presente Ley, se entenderá por violencia familiar, cualquier acción u omisión que cause daño físico o psicológico, maltrato sin lesión, inclusive la amenaza o coacción graves y/o reiteradas, así como la **violencia sexual***”. A su vez, el artículo 10° de la misma norma, señala que:

“Recibida la petición o apreciados de oficio los hechos, el Fiscal debe dictar en el término de 48 horas, bajo responsabilidad, las medidas de protección inmediatas que la situación exija.

Las medidas de protección inmediatas que se adoptan a solicitud de la víctima o por orden del Fiscal incluyen, sin que la enumeración sea limitativa, **el retiro del agresor del domicilio, prohibición de comunicación, acercamiento o proximidad a la víctima en cualquier forma, suspensión temporal de visitas, inventarios sobre sus bienes, suspensión del derecho de tenencia y porte de armas, y otras medidas de protección inmediatas que garantizan su integridad física, psíquica y moral.** Para la ejecución de estas medidas, debe solicitar el auxilio de la fuerza pública si fuera necesario.

Asimismo, el Fiscal puede solicitar la **detención** del agresor ante el Juez Penal competente, quien decreta dicha medida dentro del plazo de veinticuatro (24) horas.

El Fiscal de Familia pone en conocimiento del **Juez de Familia** las medidas de protección adoptadas en caso de formalizar la demanda”.

5. Además, teniendo en cuenta que la etapa de formación personal de las menores, requieren de una formación integral que incluya la permanencia y reunión de éstas en su hogar familiar con sus padres, hermanos y demás familiares, resulta razonable, en atención al principio de interés superior del niño que las menores tengan la posibilidad de salir a la casa de la madre, pues debe quedar claro que una restricción como la que aquí se cuestiona y/o la concesión sólo de visitas no lograría alcanzar el mismo objetivo. Sobre esta base, este Tribunal considera que la medida adoptada por las autoridades del Puericultorio Augusto Pérez Aranibar no resulta válida en términos constitucionales, pues, excede los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sin obviar que, existen otras medidas que de ningún modo inciden en los derechos fundamentales de las menores como es la adopción de las medidas de protección inmediatas por el Ministerio Público; de lo que se colige que se ha producido la violación del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad de las menores.

Por éstas consideraciones mi voto es porque se declare **FUNDADA** en parte la demanda de hábeas corpus, interpuesta a favor de las menores L.J.T.A e I.M.T.A., al haberse producido la violación del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad, en consecuencia; **i) ORDENO** que el Centro Puericultorio Augusto Pérez Aranibar se *abstenga* de impedir la salida de las menores al domicilio de la madre los fines de semana, **ii) ORDENO** remitir copias certificadas de los principales actuados, a fin de que

el Fiscal Provincial de Familia de Lima, realice la investigación y adopte las medidas de protección inmediatas que correspondan, poniendo en conocimiento de este Tribunal, Constitucional.

S.

LANDA ARROYO

EXP. N.º 02079-2009-PHC/TC  
LIMA  
L.J.T.A. e I.M.T.A

### **VOTO DEL MAGISTRADO ETO CRUZ**

Me adhiero a lo resuelto por los Magistrados Calle Hayen y Álvarez Miranda, y con el respeto que se merece el Magistrado cuya posición jurídica genera la presente discordia, estimo oportuno subrayar de manera particular los siguientes fundamentos:

**&. Precisión del petitorio de la demanda.**

1. La recurrente interpone el presente proceso constitucional con el objeto de salvaguardar el derecho fundamental a la libertad personal de sus menores hijas de iniciales L.J.T.A. e I.M.T.A, por cuanto ellas estarían siendo retenidas de modo ilegal en el Puericultorio Pérez Aranibar. Consecuentemente la interposición del hábeas corpus tiene como finalidad:

a) Se permita a la recurrente la visita a sus menores hijas de iniciales L.J.T.A. e I.M.T.A; y, b) Se le permita a la demandante a las mencionadas menores para llevarlas a su domicilio conforme al acuerdo de internamiento de las menores en dicho centro.

&. Régimen normativo de protección especial del niño y adolescente.

2. El régimen normativo de protección especial que tienen los niños y adolescentes ya es de antigua data. Así, el primer instrumento normativo de protección fue la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*, en la que se reconoció que siendo los niños lo mejor que tiene la humanidad, éstos deben tener un trato especial en la legislación interna de cada país. Dentro de este marco de protección la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en su artículo 2° señala que el niño gozará de una protección especial a fin de alcanzar un desarrollo físico, mental, espiritual. Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos 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 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. Nos encontramos por tanto con un conjunto de normas externas o heterónomas que constituyen fuente de regulación en el tratamiento de protección a los niños y adolescentes.

3. Por su parte la Constitución Política del Perú 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. Dicho texto normativo ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional al sostener que este deber especial tiene como sustento la especial situación en que los niños o adolescentes se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. Consecuentemente el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar. (STC 3330-2004-AA/TC).

4. Más recientemente este Colegiado ha señalado que: "*... Este énfasis tuitivo se debe a su condición de debilidad manifiesta para llevar una vida totalmente independiente, de modo que, por su situación de fragilidad, inmadurez o inexperiencia en que están los menores frente a los adultos, se le impone a la familia, a la comunidad, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar tanto su desarrollo normal y sano...*" en todos los aspectos de su desarrollo.

&. Análisis del caso concreto.

5. Habiendo quedado evidenciado que el primer extremo del petitorio, esto es,

el impedimento de la madre de ver a sus hijas, respecto de la cual la controversia constitucional ya ha sido dilucidada como improcedente por sustracción de la materia, pues la recurrente ya puede ver a sus menores hijas, no siendo pertinente que en el presente emita pronunciamiento respecto de este extremo por ya ser resolución. Es pertinente pronunciarnos respecto a lo que es materia de controversia.

6. Con respecto al segundo de los extremos, esto es la imposibilidad de que las menores puedan salir del Puericultorio Pérez Aranibar hacia el domicilio de su madre, nos parece acertado el criterio esbozado por el voto en mayoría, en el sentido de que sustentan infundabilidad de su resolución en el hecho de que una de las menores refiere que la agresión sexual se habría producido en el domicilio al cual las lleva la madre los fines de semana cuando salen de la referida institución, lo cual evidentemente constituye una referencia que ha de tenerse en cuenta al momento de tomar alguna medida protectora de las menores. Todo ello nos permite afirmar que la medida tomada por las autoridades del Puericultorio Pérez Aranibar fue la más protectora, pues ella resultaba ser una decisión razonada en términos constitucionales.
7. Siendo ello así y estando a que para declarar estimativa una demanda de esta naturaleza ha de quedar claro que la restricción del derecho fundamental tenga como móvil perturbar el normal ejercicio de la libertad de tránsito y habiendo quedado demostrado que la medida tomada tiene legitimidad constitucional, el presente extremo de la demanda ha de ser desestimado.

Por las consideraciones antes expuestas es que somos de la opinión que el extremo de la demanda aquí dirimido, esto es el referido a la pretensión de que no se les impida la salida a las horas favorecidas debe declararse **INFUNDADA**.

**SR.**  
**ETO CRUZ**



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



**EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05**  
**JUEZ : HUGO VELASQUEZ ZAVALA**  
**ESPECIALISTA : RAULTAIPE SALAZAR**  
**DEMANDANTE : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS**  
**DEMANDADO : RENIEC**  
**MATERIA : PROCESO DE AMPARO**

## **SENTENCIA**

**RESOLUCION: 05**  
**Lima, 21 de febrero del 2017**

**VISTOS.**

**Asunto:**

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

**ANTECEDENTES.**

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

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

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

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

**Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda:**

La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos:  
1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte

de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado.

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

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

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

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

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

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

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

#### **Trámite de la demanda:**

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

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

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

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

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

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

#### **CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo:** De acuerdo al artículo 200° inciso 2 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el hábeas corpus y al hábeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, Ley N°28237.

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

#### **Los hechos son los siguientes:**

1. El 4 de mayo de 2016, los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio interponen, a favor propio y de los menores L.N.N.R y C.D.N.R., demanda de amparo y la dirigen contra el Registro Nacional de Identidad y Registro Civil - RENIEC.
2. Acreditan (Anexo 4-A) que contrajeron matrimonio el 21 de enero de 2005 ante la Municipalidad Metropolitana de Lima y también que intentaron ser padres sin éxito (Anexo 7-A, 7-B, 8, 8-A, 8-B y 9). Por ello, entre los años 2006 al 2009 recurrieron a distintas Clínicas en las que se determinó como alternativa para el embarazo el método de reproducción asistida, pues los óvulos de Aurora Nancy Ballesteros Verau no lograban llegar al nivel de maduración necesaria para producirse el embarazo. Empero, el

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

3. Por ello, en 2011 acudieron a un nuevo centro de fertilidad y reproducción asistida para realizarse nuevos análisis. En dicho centro médico, en enero de 2012, se determinó que los demandantes únicamente podían optar por el método de vientre subrogado, es decir, el uso de otro vientre para lograr la fecundación. Es así que buscaron y encontraron la ayuda de los demandantes Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, casados (Anexo 4-B), siendo que la primera de las nombradas aceptó someterse a la técnica de vientre subrogado heterónimo, es decir, la implantación de un cigoto conformado por óvulos donados y espermatozoides del demandante Nieves Reyes. Para ello, las dos sociedades conyugales suscribieron el llamado "acuerdo privado de útero subrogado" (Anexo 5).
4. Realizado el procedimiento, con fecha 19 de noviembre de 2015, nacieron en el Instituto Nacional Materno Perinatal los menores mellizos inscritos con las iniciales L.N.N.R y C.D.N.R. (Anexos 2-A y 2-B). No obstante, pese a la declaración expresa de Evelyn Betzabe Rojas Urco, quién habría señalado que no sería la madre sino el vientre de alquiler, el médico tratante, al momento de efectuar el Certificado de Nacido Vivo inscribió como madre a ésta última y como padre a Francisco David Nieves Reyes.
5. Tomando como base esos mismos datos, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, realizó el registro en las Actas de Nacimiento N° 79400620 y N° 79400640 (Anexos 2-A y 2-B) y ante las impugnaciones formuladas expidió las Resoluciones Registrales N° 299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC (Anexos 3-A y 3-B).
6. Los demandantes Aurora Nancy Ballesteros Verau, Francisco David Nieves Reyes, Evelyn Betzabe Rojas Urco y Fausto César Lázaro Salecio, consideran que dichas Resoluciones Registrales vulneran el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, asimismo, con respecto a ellos, la afectación de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, así como sus derechos sexuales y reproductivos.

### **TERCERO: Las excepciones deducidas:**

#### **3.1. Excepción de falta de representación.**

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

identidad y al interés superior del niño, pues conforme a la ley vigente ella no tiene la representación legal ni ostenta la patria potestad de los menores, careciendo de toda forma legal de representación.

Asimismo, señala que Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad por ser marido de la "madre" –doña Evelyn Betzabe Rojas Urco-, carece de falta de representación suficiente con respecto a la tutela de los derechos de los menores pues hasta la fecha no ha reconocido la paternidad de aquellos. Idéntica sería, conforme a la demandada, la posición del demandante Francisco David Nieves Reyes, quien si bien la madre de los menores ha señalado que es el padre biológico y así consta en las Partidas de Nacimiento de los menores, éste no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandando la paternidad biológica con persona casada, por ello, no puede representar válidamente a nivel procesal a los menores.

2. En rigor, el planteamiento de la excepción por la parte demandada se circunscribe a la representación defectuosa o insuficiente prevista en el inciso 3) del artículo 446° del Código Procesal Civil. Esta excepción tiene por finalidad que el Juez controle la capacidad o potestad delegada que tienen los representantes en relación a la persona que quieren defender en juicio; en caso se determine judicialmente que los demandantes no tienen capacidad legal de iniciar el proceso, entonces el Juez puede disponer que en un plazo razonable se subsane este extremo, conforme lo prevé el inciso 2 del artículo 451° del Código Procesal Civil; si la subsanación no se produce, entonces el proceso debe ser declarado nulo y archivado.
3. En el presente caso, se observa que, tal como sostiene la demandada, la demandante Aurora Nancy Ballesteros Verau no tiene la representación legal o establecida que poseen los padres sobre los hijos menores de edad, conforme lo describen el artículo 419° y el inciso 6 del artículo 423° del Código Procesal Civil. Asimismo, se observa que, tal como señala la demandada, el demandante Francisco David Nieves Reyes no ha reconocido la paternidad de los hijos extramatrimoniales, conforme lo previsto en el artículo 388° del Código Civil, razón por la cual tampoco sería representante legal de los menores. En el mismo sentido, el demandante Fausto César Lázaro Salcedo, quien si bien tiene la presunción de paternidad a la que se refiere el artículo 361° del Código Civil, tampoco ha actuado de conformidad con el artículo 388° del mismo cuerpo de leyes, careciendo también de la potestad de representarlos.
4. No obstante, si bien en principio estos demandantes no tendrían representatividad legal para demandar los derechos de los menores, precisamente lo que reclaman es que la actuación de la demandada ha generado todo ese conflicto de falta de representación de los menores.
5. La defensa RENIEC no hace sino ratificar una situación de perjuicio en contra de los menores, pues si los padres biológicos, ni tampoco los padres según el contrato de útero subrogado pueden atribuirse

representatividad de los menores, eso generaría que el Estado deje sin tutela a esos menores, por el hecho de haber nacido usando métodos de reproducción asistida, asunto que merecerá un mayor análisis, pero que, en todo caso, es suficiente para notar que estamos ante un agravio y no ante una situación que pueda justificar una excepción de falta de representación de los demandantes.

6. Sin perjuicio de lo anterior, este Juzgado también debe tener en cuenta que incluso en la hipótesis que la defensa de RENIEC tuviera asidero legal y constitucional, lo cierto es que la demandante Evelyn Betzabe Rojas Urco, al amparo de la ley civil, tiene representación suficiente para acudir al proceso constitucional de amparo, ya que ella es la que dio a luz a los menores.
7. Eso, desde luego, no significa que esa persona sea la única con facultades de representación, pues tal lectura llevaría a sostener que los otros co-demandantes no tendrían posibilidad alguna de acceder a la justicia para la tutela de los derechos de los menores en vía de proceso constitucional de amparo, pese a que cuestionan precisamente los agravios de RENIEC al momento de la inscripción.

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

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

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

1. La demandada sostiene que contra las Resoluciones Registrales N°299-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y N° 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC los demandantes no interpusieron recursos administrativos y por lo tanto no agotaron la vía previa que debían transitar, antes de acudir al amparo.
2. Por su parte, los demandantes sostienen que no resulta exigible el agotamiento de las vías previas cuando existe la necesidad de una tutela

urgente para la protección del derecho a la identidad de los menores así como la observancia del principio de interés superior del niño. Asimismo, señala que en el presente caso la vía previa es inexistente pues el Perú no tiene legislación que regule las Técnicas de Reproducción Asistida y por tanto carece también de un procedimiento tuitivo que permita a nivel administrativo resolver esta controversia.

3. La controversia ante la vulneración de derechos fundamentales no necesaria y únicamente se restablece acudiendo al proceso constitucional sino, de manera común y constante, a través de los procesos ordinarios, del procedimiento administrativo y del procedimiento corporativo particular. En virtud de la existencia de tutela, por regla, el proceso constitucional solo puede habilitarse cuando se han agotado los recursos administrativos o internos del procedimiento administrativo (artículo 45 del Código Procesal Constitucional).
4. Empero, tales reglas tienen excepciones previstas en la ley y desarrolladas por la jurisprudencia. Dejando de lado las excepciones para no acudir a la vía específicamente e igualmente satisfactoria, pues no es objeto de excepción procesal por parte del demandado, corresponde señalar que la exigencia al agotamiento de la vía administrativa se impone como regla en razón de que debe otorgarse a la Administración Pública la oportunidad de remediar los errores en los que pudo haber incurrido.
5. Cuatro son las causales que prevé el Código Procesal Constitucional para no obligar al actor a transitar la vía administrativa. Así, si el acto lesivo es ejecutado por la Administración Pública en virtud de una resolución que no es la última en vía administrativa y sin que esté ésta consentida, se habilita la interposición del proceso de amparo (artículo 46, inciso 1 del Código Procesal Constitucional). También se habilita el amparo cuando el procedimiento administrativo no es resuelto en el plazo que dispone la administración pública (artículo 46, inciso 4 del Código Procesal Constitucional). Asimismo, es motivo para admitir y pronunciarse sobre la controversia constitucional cuando la administración pública no regule la situación fáctica en controversia dentro de un procedimiento administrativo, es decir, si los hechos relevantes de la controversia no están previstos para ser debatidos en la vía administrativa entonces el actor puede acudir directamente al proceso de amparo (artículo 46, inciso 3 del Código Procesal Constitucional). Finalmente, es motivo para acudir directamente al amparo sin agotar la vía administrativa cuando el lapso de tiempo que medie entre la decisión de la administración y la tutela del derecho fundamental pueda convertir el agravio al derecho fundamental en irreparable (artículo 46, inciso 2 del Código Procesal Constitucional).
6. En ese orden de ideas, a juicio de este Juzgado constitucional, en este caso se presentan hasta dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. El primero es el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la vida

privada y familiar, a los derechos sexuales y reproductivos así como a la identidad e interés superior del niño.

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

7. Asimismo, de acuerdo con RENIEC los señores Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau estarían sujetos a la voluntad de la señora Evelyn Betzabe Rojas Urco para realizar trámites en hospitales o clínicas para los controles, vacunación e incluso, como ha pretendido la demandada, para la interposición de procesos a favor de los menores, lo que sin duda día a día se convierte en una afectación continua e irreparable a los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y familiar y los derechos sexuales y reproductivos; por lo que obligar a los demandantes a transitar la vía administrativa tendría un alto costo en los derechos de estos demandantes.
8. Por otro lado, los demandantes Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabe Rojas Urco también se ven permanente afectados en sus derechos fundamentales; en especial, la demandante Rojas Urco, debe suspender sus actividades para asistir formalmente a los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, en especial a esta última, cuando se requiera de la presencia de la madre de los menores, lo que sin duda afecta su derecho al libre desarrollo de la personalidad y su derecho a la vida privada y familiar; además, no debe perderse de vista que al figurar en el registro de identificación como madre de los menores pero no vivir con ellos deja expuesta a esta demandante a cargos penales, lo que pone en un peligro inminente sus derechos fundamentales.
9. A su turno, aunque en menor medida, el demandante Fausto César Lázaro Salecio vendría siendo permanentemente víctima irreparable de la vulneración a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y derecho a la vida privada y familiar, pues en el registro de identificación civil su cónyuge Evelyn Betzabe Rojas Urco registra dos hijos fuera de ese matrimonio; en ese escenario, obligarlos a transitar la vía administrativa avalaría la continuidad irreparable en la aparente

vulneración de sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la vida privada y familiar.

10. Finalmente, el derecho a la identidad e interés superior del niño de los menores ya se ha visto y se verá afectada por el tiempo que tomaría a la Administración Pública decir su caso, mientras demora dicha instancia administrativa, los menores deberían seguir este escenario atípico en clara contradicción con su derecho al interés superior del niño que implica las medidas más rápidas y eficaces para la protección de sus derechos.
11. Por otro lado, en el presente caso este Juzgado no pasa por alto que la regulación es exigua o casi inexistente con respecto a las formas aparentemente válidas de reproducción asistida. En ese sentido, no existe una vía administrativa que regula la situación que es objeto de esta controversia y por tanto no puede exigirse a los administrados que culmine una vía administrativa inexistente.

Por esos fundamentos, las excepciones deducidas deben ser desestimadas.

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

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

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

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

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

- *Si la Sra. Ballesteros debe ser considerada como madre de los menores, ordenando al RENIEC la respectiva rectificación del acta de nacimiento.*

- *Si el Sr. Nieves debe ser considerado como padre de los menores, procediendo al respectivo reconocimiento.*

**SEXTO: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva:** De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: *"Todos tienen derecho a la protección de su salud"*. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que *"ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva"* (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

una interpretación *a contrario sensu* de la norma citada nos lleve a dos respuestas posibles, hace inviable usar esa técnica interpretativa<sup>1</sup>.

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

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

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

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

Esta interpretación, además, encuentra respaldo en el criterio de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 563-2011-Lima) en donde una sociedad conyugal discutía la adopción de una menor de edad, concebida con la carga genética del esposo demandante, donde la esposa no aportó carga genética, ni

---

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

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

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

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

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

**DECIMO PRIMERO:** Ahora bien, con respecto al **derecho a la familia y/o protección familiar o vida familiar**, se debe recordar que constituye una garantía iusfundamental prevista tanto en la Constitución Política del Perú como en diversos Pactos Internacionales suscritos por el Perú. En el ámbito interno, el derecho a la familia, en tanto instituto natural, está inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales y como consecuencia de ello es que han generado las llamadas "familias ensambladas" que tienen estructuras distintas a la tradicional que, sin embargo, también merecen protección y reconocimiento (STC 09332-2006-AA, fundamento 8). Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que *"la familia no puede concebirse únicamente como una institución en cuyo seno se materialice la dimensión generativa o de procreación únicamente"* (STC 6572-2006-AA, fundamento 10). Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que "El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos" (Observación General N° 19, de 1990).

En ese sentido, parece claro que las partes, en especial los demandantes Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau efectivamente tienen el derecho a fundar una familia, acudiendo a los métodos científicos y legales que permite el ordenamiento jurídico peruano, por lo que el RENIEC no puede cuestionar u obstruir la manera en que se constituye y estructura esta familia, debiendo, por el contrario, facilitar los medios para que esa familia sea precisamente instituida como tal, junto con sus hijos.

Lo anterior no es sino un ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 2, inciso 1 de nuestro texto Constitucional. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma contundente que:

*“El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.*

*Evidentemente no se trata de amparar constitucionalmente a cualquier clase de facultades o potestades que el ordenamiento pudiera haber reconocido o establecido a favor del ser humano. Por el contrario, estas se reducen a todas aquellas que sean consustanciales a la estructuración y realización de la vida privada y social de una persona, y que no hayan recibido un reconocimiento especial mediante concretas disposiciones de derechos fundamentales.*

*Tales espacios de libertad para la estructuración de la vida personal y social constituyen ámbitos de libertad sustraídos a cualquier intervención estatal que no sean razonables ni proporcionales para la salvaguarda y efectividad del sistema de valores que la misma Constitución consagra”* (STC 2868-2004-AA, fundamento 14)

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

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

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

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

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

En ese orden, corresponde un inmediato mandato para que se tutele el derecho a la **identidad** de los menores, derecho previsto en el inciso 1 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Sobre esta disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha sostenido en forma reiterada que este derecho “(...) ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los **nombres**, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características corporales, etc., mientras que entre los segundos se encuentran la ideología, la identidad cultural, los valores, la reputación, etc.” (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA).

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

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

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

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

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

**DECISIÓN:**

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

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

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

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

4. Con costos.

5. Notifíquese en el día.

Esf. Javier Alzamora Valdez



DEFENSORIA DEL PUEBLO  
TRAMITE DOCUMENTARIO  
**RECIBIDO**

11 MAY 2009

Nº 86490-2009-0-0000

EXPEDIENTE 185515-LINC-00173-0

JUEZ SALAZAR SANCHEZ, TORALD

JORNADO

ESPECIALISTA LEGAL

15º JUEGADO FAMILIAR

TUPAC YUPANQUI ROSAS, ROSA

MATERIA EXCLUSIÓN DE NOMBRES

DEMANDANTE

DE MUJER, CALLA

DEMANDADO

ZAMORA DE LA OLIVA, LUCERO

2220004

DEFENSORIA DEL PUEBLO - AMICUS CURIAE

DIRECCION LEGAL: JR. UCAYALI 368 LIMA - LIMA / LIMA / LIMA

Se adjunta Resolución TREINTA Y UNO de fecha 27/02/2009 a Pá. 13

ANEXANDO LO SIGUIENTE:

ADJ RES N° 31 - SENTENCIA 08/01/09

**URGENTE**

PODER JUDICIAL 06 MAYO 2009 18

J. ENCISO

HENRY GALLARDO NIÑOPE

ASISTENTE JUDICIAL

15º Juzgado de Familia de Lima

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

MP3-127582-0

6 DE MAYO DE 2009



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

**SENTENCIA**

**RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.**

Lima, seis de enero  
 Del dos mil nueve.-

**VISTOS:** Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: I) Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y II) Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: 1) Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; 2) Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determinó que tenía "... riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retraso de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones..." enfermedad que se origina a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente

DRA. NANCY CORONEL AQUINO

11 2 7  
 IMP. Impreso por el Juzgado de Familia de Lima  
 ONTE SUPLENOR DE JUSTICIA DE LIMA



cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 y 466-468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492-499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla; Y **CONSIDERANDO: Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO:** Que conforme el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, “El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.”. Que en virtud de ello el Juzgador al resolver las controversias debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia; **Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:** Que los medios probatorios tienen por finalidad: 1) **Acreditar** los hechos expuestos por las partes; 2) **Producir certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos; y 3) **Fundamentar** sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188º y 197º del Código Procesal Civil; **Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION:** Que para efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el “interés para obrar”, la “legitimidad para obrar” y la “posibilidad jurídica”, reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427º incisos 1, 2 y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere aportó su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con el espermatozoide de su cónyuge Luis Eduardo Mendoza Barber procreó a la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al óvulo fecundado In Vitro, para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el “interés para obrar” es el derecho que tiene todo justiciable de auténtica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la “legitimidad para obrar”, o “legitimación activa”, entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: **Datos de la madre: JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y Datos del padre: LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor, máxime que conforme lo dispone el Artículo 395º del Código Civil “El reconocimiento no admite modulidad y es irrevocable.”; Que por otro lado, en observancia estricta del principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su Artículo 371º, solo permite impugnar la maternidad en dos supuestos: “*Suplantación de hijo*” y “*parto supuesto*”, lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el Artículo 2º del mismo Código expone “*La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con atención de los parientes que tengan interés en el nacimiento.*” y el**

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

según Adriano López, profesor emérito de la UCA, Magister en Bioética y Miembro del Consejo de Edad de Cádiz, España, considera diversos tipos de maternidad: Desde una perspectiva biológica, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica plena la madre biológica gesta al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer puede aportar el útero y la gestación (*maternidad de gestación o de parto*) o aportar su óvulo u óvulos (*madre genética*), pero no ambos; Desde una perspectiva social, madre es aquella que cria y educa al niño; Desde el aspecto jurídico, no hay una correspondencia absoluta entre una *madre legal*, o una *madre biológica o social*, la misma que se determina de acuerdo a la legislación de cada país y de los veredictos judiciales en casos concretos; En los casos de adopción, se aplica el nombre de *madre adoptante*; *madre portadora*, la que presta su vientre, su útero, para lograr un niño, que luego entregará, la también llamada *madre de alquiler o vicaria*; y por fin *madre nodriza* o madre de leche que da de mamar a un niño que no es suyo. Que en resumen, existen tres tipos de madre: *madre genética*, *madre gestacional o de parto* y *madre social*. Obviamente los tres tipos de madre puede ser la misma persona, el problema radica en las posibles combinaciones. Según el citado autor, para traer al mundo un niño se necesitan tres ingredientes biológicos diferentes: un óvulo, un espermatozoide y un útero, cuando falta una de ellos el resultado es la esterilidad. La ciencia médica ha creado avances importantes, desarrollando técnicas de reproducción asistida, como la fecundación In Vitro con transferencia embrionaria a la madre genética o a terceros, *madre portadora*, *madre de alquiler o madre sustituta*. Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi, en su obra *Derecho Genético*, Grijley 4ta. Edición, Lima 2001, Pág. 264, define los conceptos o formas de *maternidad subrogada* "... a) *Madre portadora*: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar otra que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer, 3) la madre gestante es una tercera; b) *Madre sustituta*: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer; c) *Ovodonación*: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita es una mujer que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente; 3) gestación de la mujer; d) *Embriodonación*: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de espermia y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana: 1) el embrión de una pareja cedente; 2) el marido es infértil, 3) el embrión no es gestado por su mujer. Que realizado el análisis doctrinario previo, nos preguntamos ¿Cómo se determinará la filiación?, decimos al poder legislativo que legisle dicha materia, en el caso que nos ocupa nos corresponde determinar ¿quién es la madre de Daniela Mendoza Torrealba? y si es quien empleáramos nombre de la cadena alba para hacer efectivos sus derechos, suplenamente reconocidos en nuestra legislación vigente";

**Séptimo:** Que de la revisión de autos fluye, que con fecha **catorce de junio del dos mil tres** doña CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, que con fecha **seis de mayo del dos mil cinco** nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20º del Código Civil; **Octavo:** Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de la Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha **diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho** que concluye "... Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Cafeína, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3- Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2..."; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Acido Úrico e Orina, Aldosterona, Renins, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforético, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha **veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho**, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... Conoci a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consultó por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg ... siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial, procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnóstico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora mimada se constato que tiene riñones pequeños, siendo mas pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorenograma se apreció que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora. ... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogénica e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los descadao, su tratamiento y evolución ..."; **Noveno:** Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución; La Historia Clínica de la Aspiración Folicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la Transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva; fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha **veintinueve de Abril del dos mil cuatro**, se determina que tiene **veintisiete años de edad**, es casada con don Luis Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que

na puede tener hijas ...nos vamos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal..."; Con fecha veintidós de mayo del dos mil cuatro (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice "...UTERO: Anteverso. Ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. OVARIO DERECHO: Micropoliquistico. OVARIO IZQUIERDO: Micropoliquistico Leve. LIQUIDO EN DOUGLAS: Escaso. ..."; con fecha diecinueve de setiembre del dos mil cuatro "...se aspiran 09 ovocitos..." (fojas 181, 189 y 346); Con fecha treinta de Septiembre del dos mil cuatro, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida "NOMBRE DE LA PACIENTE: Mendoza - See; MÉDICO TRATANTE: Augusto Ascenzo; PROCEDIMIENTO: ICSI; FECHA: 19 de Septiembre del 2004; OVOCITOS OBTENIDOS: 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); OVOZITOS INSEMINADOS/INYECTADOS: 08; OVOCITOS FECUNDADOS: 06; EMBRIONES OBTENIDOS: 06; EMBRIONES TRANSFERIDOS: 03 (6-II, 8-II, 8-II); EMBRIONES CONGELADOS: 03 ..." (Fojas 190); Que del Informe Médico - Nefronológico expedido con fecha nueve de diciembre del dos mil cinco (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa "... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas intervenciones de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos. ... en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente y se opinó por la NO OPINION FAVORABLE en relación al embarazo, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de ACELERAR el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado..."; **Décimo:** Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha veintiuno de Junio del dos mil cuatro, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece "...será vientre de su hija..."; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "...GESTACION UNICA: de 06 semanas (Por Ecografía); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX: Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerradas; BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN: Baja. ..." (fojas 203); Con fecha primero de Diciembre del dos mil cuatro, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 12 semanas, 02 días (Por Ecografía); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX: Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; PLACENTA DE INSERCIÓN: Baja (Previa Total). ..." (fojas 210); Con fecha trece de Enero del dos mil cinco, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 18 semanas, 02 días (Por Ecografía); POSICIÓN LONGITUDINAL: Dorsal Anterior; PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN: Baja (previa total). MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler Color en Arteria Umbilical: Normal; y ARTERIA CEREBRAL MEDIA: Normal..." (fojas 214); Con fecha

diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: : circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRÍCULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Previa marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se de practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografía posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio: Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "...Paciente Ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo. ... Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pediatra Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr. Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ..." (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De la Oliva (fojas 351); Décimo Primero: Que según la Declaración Testimonial prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO medico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento pre natal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich sí podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "...al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Karla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándolos con el espermatozoides del señor Mendoza y así formar embriones

humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento. Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indicó que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebé 07 meses y 20 días, eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendió el parto del concebido ...."; Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo "... si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holsteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holsteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna ..."; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contestó "...únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla..."; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luis Eduardo Mendoza Barber? Dijo "... él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos..."; Agregando que considera como "madre genética" de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, "padre genético" a Luis Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva "Incubadora de la niña"; **Déclamo Segundo:** Que para determinar "con certeza" cual de las dos presuntas madres es la "madre biológica" de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo trámite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: "... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM1 SEE AURICH, Carla Monique, **NO PUEDE SER EXCLUIDA** de la presunta relación de parentesco en condición de **MADRE BIOLÓGICA** del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN- 2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo ...." y "... que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, **QUEDA EXCLUIDA** de la presunta relación de parentesco en condición de **MADRE BIOLÓGICA** del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN-2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado

con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo ..."; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2.136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad. La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLÓGICA de la donante de la muestra codificada ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1,583'112,135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.99999968333%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado.";

Décimo Tercero: Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que aporó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo en su vientre durante toda la etapa de gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento; Que al respecto la "Ley General de Salud", Ley N° 26842 determina en su Artículo 7° "Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de "madre genética" y de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona. ...; A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se

determina por la "filiaction biológica", por la identidad sanguínea, por la identidad biológica, que los genes transmiten de padres a hijos, la herencia de los caracteres anatómicos, citológicos y funcionales entre los padres y los hijos; y por lo tanto debe ampararse la pretensión demandada, pese a que en el acta de nacimiento de la niña se encuentra registrada y expresamente reconocida como madre a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de ésta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395º del Código Civil; **Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS:** Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad .... El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. ..."; que en consecuencia reconociéndose "al concebido" calidad de niño y por ende "sujeto de derechos", "libertades" y "protección específica", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1º del mismo Código "El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental."; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese ha que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de "Amicus curiae" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece "...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento" ..."; norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículo 3º de la misma norma legal; **Décimo Quinto:** Que en consecuencia no preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?; ¿Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?; En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones facticas y proteja el derechos de los niños; Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14-2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11º establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones crioconservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización; De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta

de Agosto, 2016, en el  
SANTO DOMINGO DE LOS  
RÍOS



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

PODER JUDICIAL

Dr. Jorge Rodríguez  
Magistrado Titular de la Sala de UNP  
Corte Superior de Justicia de Lima

PODER JUDICIAL

Dr. Pedro Yonáqui Rodríguez  
Especialista Legal  
Magistrado Titular de la Sala de UNP

**Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y caso *Labassee c. France* (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014**

**INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

Por primera vez, el TEDH ha debido pronunciarse sobre el alcance y la trascendencia en el establecimiento de la filiación de la gestación por sustitución. En dos sentencias similares, cuyos fundamentos jurídicos en buena parte coinciden, el alto Tribunal ha considerado que el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

En ambos casos, se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de EE. UU. en que esta práctica es legal (California y Minnesota). En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos maridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de EE. UU. en que nacieron los niños los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia, se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidos los hijos como ciudadanos franceses.

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de la misma. Más cuando, como recalcan ambas sentencias, los niños en los dos casos eran hijos biológicos de los padres y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor:

79. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre la troisième requérante et son père biologique n'a pas été admis à l'occasion des demandes de transcription de l'acte de naissance et de l'acte de notoriété, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également

sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 25 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de son lien de filiation à l'égard de son père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

80. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit de la troisième requérante au respect de sa vie privée a été méconnu. *Caso Labassee*.

100. Cette analyse prend un relief particulier lorsque, comme en l'espèce, l'un des parents d'intention est également géniteur de l'enfant. Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun (voir, par exemple, l'arrêt *Jäggi* précité, § 37), on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance. Or, non seulement le lien entre les troisième et quatrième requérantes et leur père biologique n'a pas été admis à l'occasion de la demande de transcription des actes de naissance, mais encore sa consécration par la voie d'une reconnaissance de paternité ou de l'adoption ou par l'effet de la possession d'état se heurterait à la jurisprudence prohibitive établie également sur ces points par la Cour de cassation (paragraphe 34 ci-dessus). La Cour estime, compte tenu des conséquences de cette grave restriction sur l'identité et le droit au respect de la vie privée des troisième et quatrième requérantes, qu'en faisant ainsi obstacle tant à la reconnaissance qu'à l'établissement en droit interne de leur lien de filiation à l'égard de leur père biologique, l'État défendeur est allé au-delà de ce que lui permettait sa marge d'appréciation.

101. Étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence, la Cour conclut que le droit des troisième et quatrième requérantes au respect de leur vie privée a été méconnu. *Caso Mennesson*.

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas. Estas consideraciones introducen un matiz muy relevante, porque ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre de origen francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de estado)? O, ¿qué sucedería si

ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético? Las preguntas no son baladíes, pues, dependiendo de una u otra respuesta, variaría el alcance de estas sentencias. Dicho con otras palabras, la STS de 6 de febrero de 2014 ¿estaría o no en la línea de estas sentencias? Porque en este caso nunca se negó que pudiera acceder al Registro Civil como padre biológico el miembro de la pareja que aportó su esperma, algo que sí se hizo en los casos analizados en Francia, lo que a la postre inclinó la balanza hacia esta decisión.

De otro lado, el TEDH no considera que se haya violado el derecho al respeto a la vida familiar de los padres intencionales, dado que, en ambos casos, habían podido vivir como familia, aunque jurídicamente no se les hubiera reconocido el vínculo legal de filiación entre ellos y sus hijos.

En un debate que en España está tan vivo sobre el reconocimiento de la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida que pueda dar lugar a la filiación, las sentencias del TEDH han servido para rearmar a los movimientos que desde hace años, de un lado, promueven el reconocimiento en España de los hijos que hayan nacido en el extranjero a través de esta técnica (Son Nuestros Hijos: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/>) y, de otro, a quienes solicitan que se modifique la legislación española reconociendo la gestación por sustitución como una vía más para acceder a la paternidad/maternidad (Gestación subrogada en España: <http://gestacionsubrogadaenespana.es/>). Lo que está claro es que para que el alcance de las sentencias del TEDH sea indubitado es necesario realizar modificaciones legislativas, ya sea modificando la todavía no vigente Ley del Registro Civil desde la perspectiva del reconocimiento de las filiaciones que se han acreditado en el extranjero, ya desde la modificación de la [Ley 14/2006 de reproducción humana asistida](#), derogando el artículo 10 y al tiempo ofreciendo una regulación específica sobre el alcance y contenido de esta técnica y su influencia en el establecimiento de la filiación. Se trataría, en definitiva, de añadir la filiación intencional a la filiación natural y a la filiación adoptiva que son las únicas que hasta el momento se contemplan en España.

Antonia DURÁN AYAGO  
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado*  
Universidad de Salamanca  
[aduran@usal.es](mailto:aduran@usal.es)