



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Escuela Académico Profesional de Derecho

TESIS:

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES QUE DETERMINAN LA FILIACIÓN
DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL
PERÚ

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

PRESENTADO POR:

MARÍA VICTORIA PÉREZ PRADO

Cajamarca, diciembre de 2019.

DEDICATORIA

A Dios, a nuestra buena madre por siempre haber iluminado mi camino, a mi Sebastián por ser mi fuerza, mi inspiración; a mis padres Marlene y Nerio por el apoyo incondicional que siempre me han dado. Todo este trabajo ha sido posible gracias a ellos.

Entonces Jehová dijo a Abraham: ¿Por qué se ha reído Sara, diciendo: ¿Será cierto que he de dar a luz siendo ya vieja?

Y Sara concibió y dio a luz un hijo a Abraham en su vejez, en el tiempo que Dios le había dicho.

Génesis 18 y 21

El Antiguo Testamento

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	II
TABLA DE CONTENIDO.....	IV
LISTA DE ILUSTRACIONES.....	X
AGRADECIMIENTO	XI
LISTA DE ABREVIACIONES.....	XII
GLOSARIO	XIII
RESUMEN.....	XV
ABSTRACT.....	XVI
INTRODUCCIÓN	1
TÍTULO.....	4
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN	4

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	5
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	8
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	9
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.5. OBJETIVOS	11
1.5.1. Objetivo genera	11
1.5.2. Objetivos específicos.....	11
1.6. DELIMITACIÓN	12

1.7.	LIMITACIONES	12
1.8.	TIPO DE INVESTIGACIÓN	13
1.8.1.	De acuerdo al fin que se persigue.....	13
1.8.2.	De acuerdo al diseño de la investigación.....	13
1.8.3.	De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utiliza.....	14
1.9.	HIPÓTESIS.....	15
1.10.	VARIABLES	15
1.10.1.	Variable independiente.....	15
1.10.2.	Variable dependiente.....	16
1.10.3.	Operacionalización de las variables.....	16
1.11.	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.11.1.	Genéricos.....	17
A.	Método inductivo - deductivo	17
B.	Método de investigación estático	17
1.11.2.	Propio del derecho.....	18
A.	Método funcional	18
1.12.	UNIDADES DE ANÁLISIS Y UNIDADES DE OBSERVACIÓN	19
1.12.1.	Unidad de análisis.....	19
1.12.2.	Unidad de observación.....	19
1.13.	POBLACIÓN Y MUESTRA.....	19
1.13.1.	Muestra.....	19
1.13.2.	Unidad de análisis.....	20
1.14.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	21
1.14.1.	Técnicas.....	21

1.14.2. Instrumentos	21
A. Guía de análisis elaborada	21
B. La ficha	22
1.15. ESTADO DE LA CUESTIÓN	22

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO	24
2.1. FILIACIÓN	24
2.1.1. Definición	24
A. Estado jurídico	26
B. Estado social	26
C. Estado civil	27
D. Estado biológico o genético	28
2.1.2. Características	29
A. Única	29
B. Socioafectiva	30
C. Vínculo jurídico	30
D. Unitaria	30
E. Orden público	31
F. Inextinguible e imprescriptible	31
2.1.3. Clasificación	31
A. Filiación biológica	32
B. Filiación legal	33
C. Filiación social	34
2.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	36
2.2.1. Definición	36
2.2.2. Clases de técnicas de reproducción asistida	37
A. Inseminación artificial	37
B. Fecundación in vitro o extrauterina	38
2.2.3. Modalidades de técnicas de reproducción asistida	39
A. Homóloga	40
B. Heteróloga	40

2.3.	LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD.....	41
2.3.1.	Definición	42
2.3.2.	La autonomía de voluntad privada.....	43
2.3.3.	Formas de manifestación.....	46
	A. Manifestación expresa.....	46
	B. Manifestación tácita	48
2.4.	INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	49
2.4.1.	Definición.....	50
2.4.2.	Características.....	51
2.4.3.	Funcionalidad.....	52
	A. Principio jurídico garantista	53
	B. Pauta interpretativa.....	54
2.5.	DERECHO A LA IDENTIDAD	55
2.5.1.	Definición de identidad.....	55
2.5.2.	Definición del derecho a la identidad.....	56
2.5.3.	Características.....	57
2.5.4.	Dimensiones o elementos.....	58
	A. Estático.....	59
	B. Dinámico.....	59
2.6.	DERECHO AL ENTORNO FAMILIAR.....	60

CAPÍTULO III

	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	64
3.1.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	64
3.1.1.	Identificación de los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el análisis de las sentencias emitidas por las Cortes Superiores de Justicia del Perú.....	
	67

A. Expediente N° 183515-2006-00113 - Lima.....	67
B. Expediente N° 06374-2016-01801-JR-CI-05 – Lima.....	73
3.1.2. Identificación de los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú.....	
.....	83
A. Casación N° 5003-2007-Lima.....	83
B. Consulta expediente N° 2141-2009 - Lima (proceso consultado, Exp. N° 183515-2006).....	
.....	87
C. Casación N° 4323-2010 – Lima (caso que está relacionado con la Casación N° 5003-2007-Lima).....	
.....	92
D. Sentencia Cas. N° 563-2011 - Lima.....	96
3.2. ANÁLISIS A LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LOS JUECES PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TERA.....	
.....	110
3.2.1. La manifestación de la voluntad en los contratos de maternidad subrogada y las implicancias en la filiación del menor nacido bajo las TERA.....	
.....	111
3.2.2. El interés superior del niño respecto a la filiación del menor nacido bajo las técnicas de reproducción asistida.....	
.....	116
3.2.3. El derecho de la identidad socioafectiva frente a la determinación a la identidad jurídica y biológica.....	
.....	119
3.2.4. El derecho al entorno familiar del menor en casos de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.....	
.....	124
3.3. CRITERIOS QUE NO DEBERÍAN UTILIZAR LOS JUECES PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TERA.....	
.....	126

CONCLUSIONES.....	127
RECOMENDACIÓN	129
PROPUESTA LEGISLATIVA	130
LISTA DE REFERENCIAS	132
ANEXOS.....	139

LISTA DE ILUSTRACIONES

ILUSTRACIONES	PÁGINAS
Cuadro N° 01	
Operacionalización de las variables.....	16
Cuadro N° 02	
Sentencias que se tomó como muestra para la identificación de los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación de las técnicas de reproducción asistida.....	20
Cuadro N° 03	
Criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales del Perú.....	65

AGRADECIMIENTO

En primer lugar, a Dios y a nuestra buena madre por haber guiado mi camino y ser mi fortaleza, en segundo lugar, a la Universidad Nacional de Cajamarca, por haberme acogido en sus aulas y brindado la oportunidad de culminar exitosamente mis estudios.

A todos mis queridos docentes que me brindaron sus conocimientos y su apoyo para seguir adelante.

A mi asesor Nixon Castillo Montoya por su apoyo y disponibilidad de tiempo para poder llevar a cabo la elaboración de la presente tesis.

LISTA DE ABREVIACIONES

Art	: Artículo
CC	: Código Civil
Exp	: Expediente
FIV	: Fecundación in vitro
IA	: Inseminación artificial
Inc	: Inciso
ISN	: Interés superior del niño
TC	: Tribunal Constitucional
TERA	: Técnica de Reproducción Asistida

GLOSARIO

Cigoto: Célula que resulta de la unión de las células sexuales masculina y femenina y a partir de la cual se desarrolla el embrión de un ser vivo.

Crioconservación: Es el proceso mediante el cual se enfrían y almacenan células, órganos o tejidos para preservar sus cualidades ante posibles reacciones biológicas. Para ello, su preservación debe ser a temperaturas criogénicas (bajas)

Embrión: El embrión es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el huevo o en el útero de la hembra. En el caso específico del ser humano, el término se aplica hasta la octava semana desde la concepción. A partir de la octava semana, el embrión pasa a denominarse feto.

Fecundación: La fecundación es el proceso por el cual dos gametos se fusionan durante la reproducción sexual para crear un nuevo individuo con un genoma derivado de ambos progenitores. Los dos fines principales de la fecundación son la combinación de genes derivados de ambos progenitores y la generación de un nuevo individuo.

Gameto: Célula reproductora masculina o femenina de un ser vivo.

Madre biológica: Mujer que ha dado a luz, o a quien pertenecen los óvulos que lo han engendrado, a una persona.

Madre gestante: La mujer embarazada, no siempre coincide con la madre biológica, en las TERA, puede ser la madre que alquila el vientre para que otra mujer pueda ver realizado su anhelo de ser madre.

Madre social: Es la mujer que cría al menor, sin tener en cuenta si comparte rasgos consanguíneos o no con él.

RESUMEN

La investigación tuvo como propósito identificar los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los diferentes órganos de justicia del Perú.

En tal sentido, he realizado un estudio cualitativo, tipo básico, alcance descriptivo y diseño no experimental, utilizando una guía de análisis elaborada para analizar las sentencias emitidas por Juzgados especializados, por las Cortes Superiores de Justicia del Perú que son materia de estudio para la identificación de los criterios adoptados por los jueces en la determinación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

Los resultados establecen que los jueces, para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, tienen como criterio la manifestación de voluntad de las partes intervinientes, ponderación del interés superior del niño, prevalencia al derecho a la identidad socioafectiva y predominio del derecho al entorno familiar del menor.

Palabras clave: Técnica de reproducción asistida, manifestación de voluntad de las partes, identidad del menor y filiación.

ABSTRACT

The purpose of the investigation was to identify the criteria used by the judges to determine filiation derived from assisted reproduction techniques in the judgments of the organs of justice of Peru.

In this sense, I have conducted a qualitative study, basic type, descriptive scope and non-experimental design, using an analysis guide developed to analyze the sentences issued by the Superior Courts of Justice of Peru that are subject to study for the identification of the criteria adopted by judges in the determination of filiation derived from assisted reproduction techniques.

The results show that the judges', criteria for determining filiation derived from assisted reproduction techniques, are the expression of the will of the parties involved, weighting of the best interests of the child, weighting of the best interests of the child, prevalence of the right to socio-affective identity and predominance of the right to the child's family environment.

Keywords: *Assisted reproduction technique, manifestation of Will of the parties, identity of the minor and affiliation.*

INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación jurídica trata sobre la filiación deriva de las técnicas de reproducción asistida en adelante TERA. Como se sabe la filiación es la relación natural que existe entre padres e hijos a consecuencia de la procreación y que la ley atribuye a los progenitores derechos y deberes.

De otro lado, las TERA como aquellos métodos biomédicos que van a facilitar y suplir los procesos biológicos normales de la procreación, que tiene como finalidad crear un ser humano. La relación que hay entre la filiación y las TERA está encaminada en los problemas legales que ha traído el utilizar las técnicas de reproducción (inseminación artificial y fecundación in vitro) y la intervención de terceros (mujeres subrogantes y personas donantes de gametos) en la procreación.

Es más, la investigación de esta problemática social se realizó por el interés de conocer como los magistrados de los diferentes órganos de justicia del Perú están resolviendo el conflicto suscitado en la filiación a causa del uso de las TERA, pues este método de procreación humana ha hecho que la filiación legal no coincida con filiación biológica (una excepción es la adopción), esta trascendencia ha hecho que se deje de lado la preocupación de determinar la calidad de hijo entorno a establecer si es matrimonial o extramatrimonial.

La verdad es que los problemas que atañe a la filiación en conocer y determinar la reacción paterno o materno filial se han convertido en algo perturbador, como cuando se determine la calidad de madre, al existir una mujer que llevó el embarazo, otra que donó el óvulo y la mujer

tratante interesada en tener un hijo. Todo esto viene generando muchos problemas en torno a la filiación, patria potestad, tenencia, derecho a la identidad del menor, etc.

Queda por aclarar que la presente investigación ha sido estructurada en tres capítulos: El primer capítulo, que titula los aspectos metodológicos se alcanza los lineamientos que guía la investigación, teniendo la contextualización o problemática, el planteamiento del problema y la formulación del problema con los cuales se evidencia el grado del problema y la ausencia legislativa por parte del Estado; así mismo se encuentra la justificación de la investigación, los objetivos e hipótesis y otros aspectos metodológicos como el tipo, métodos, la muestra, las técnicas e instrumentos de investigación.

Ahora bien, el segundo capítulo, denominado marco teórico se encuentra dividido en dos: i) Antecedentes, en el que se analiza y compara los trabajos de investigación relacionadas con el tema de la presente tesis; y, ii) Bases teóricas, en el que se analiza y desarrolla minuciosamente los conceptos de la filiación, las técnicas de reproducción asistida, la manifestación de voluntad, el interés superior del niño, el derecho a la identidad y el derecho al entorno familiar dentro de nuestro marco jurídico con la finalidad de cumplir los objetivos.

Por último, el tercer capítulo, que lleva el título demostración de hipótesis, comprende a los resultados y discusión del análisis de las sentencias emitidas por los diferentes órganos de justicia del Perú sobre los criterios adoptados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida con lo que se demuestra la hipótesis propuesta.

Finalmente, el presente trabajo de investigación respecto a la filiación derivada de las TERA en la que se aborda un análisis y estudio riguroso de la filiación en sus diferentes fases

(biológica, legal y social); y, en la que se proyecta también un desarrollo normativo tanto nacional como internacional, que nos ayuden llenar los vacíos legales tenidos en el art 7 de la Ley General de Salud – Ley N° 26842.

TÍTULO

Criterios Utilizados para Determinar la Filiación Derivada de las Técnicas de Reproducción
Asistida en el Perú

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Civil y Derecho Genético

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

La procreación como uno de los fines del matrimonio, busca que las parejas puedan formar una familia consanguínea; sin embargo, al momento de querer realizar tal anhelo se ven frustrados ya que uno de ellos o los dos presentan trastornos de fertilidad. Los trastornos de la fertilidad en el Perú para el 2018 está representada por el "...10% y 15% de la población en edad fértil – entre 20 y 43 años – (...) por lo menos un millón y medio de personas tiene esta clase de problemas." (Suárez Bosleman, 2018).

Es así que, las parejas con problemas de infertilidad¹ quieren concretar el sueño de ser padres y que antes de optar por la adopción han decidido por someterse a las técnicas de reproducción asistida, ya sea la inseminación artificial (IA) o la fecundación in vitro (FIV), como modo de tratar los trastornos de la fertilidad.

De lo anterior, la inseminación artificial es aquella técnica que procura acercar el gameto masculino al encuentro con el óvulo para que se produzca a fecundación, dicha circunstancia se realiza dentro del útero; mientras que en, la fecundación in vitro, la fecundación se da en un ambiente artificial (laboratorio) en la que los gametos² serán manipulados por una tercera persona a fin de generar un embrión³ que posteriormente

¹ "La infertilidad se define como la incapacidad de completar un embarazo después de un tiempo razonable de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas." (Brugo Olmedo, Chillir, & Kopelman, 2003, p. 228)

² "Cada una de las dos células que, en la reproducción sexual, se fusionan originando el cigoto." (Gispert, 1997)

³ "Organismo durante los primeros estadios de desarrollo. En la especie humana se considera que la fase embrionaria dura desde la fecundación hasta las seis semanas, pasando a continuación a denominarse feto." (Lacadena, 2002, p. 71)

será implantado en el útero. Estas técnicas son las más usadas tanto por peruanos como extranjeros para tratar su infertilidad y lograr tener descendencia propia.

No obstante, nuestra legislación no ha previsto las garantías mínimas de protección de los derechos de las personas que se someten a estas técnicas y menos sobre el estado de los nacidos bajo las TERA, pues el art 7 de la Ley N° 26842 solo ha previsto que:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida.

Cierto es que, el vacío legal de la norma anteriormente aludida no previene ni viene solucionando ningún problema social por el momento respecto de la utilización de las técnicas de reproducción y de sus consecuencias, claro ejemplo tenemos en agosto de 2018 en el caso de la pareja chilena acusada del delito de trata de personas⁴, sin embargo, habían acudido a “Lima a tratar su infertilidad en la clínica Concebir desde el 2013 sometiéndose a 3 procedimientos sin éxito alguno, y como última opción deciden ir por el vientre de alquiler⁵, es así que los niños nacieron el 28 julio y que ahora están bajo el cuidado de un albergue del Inabif.” (Paz Campuzano, 2018)

Como podemos apreciar la falta de una normatividad en específico ha traído consecuencias a tal grado de afectar los derechos de las personas tratantes e intervinientes

⁴ Protocolo define la trata como: ‘La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. (Gálvez Villegas & Dégado Tovar, 2012, p. 147)

⁵ Entiéndase como maternidad subrogada cuando una mujer llevaría a cabo el proceso de gestación o también aportaría sus gametos para posteriormente dar a luz y entregará el niño a la pareja sometida a los tratamientos de las TERA. Ahora bien, el vientre de alquiler se da cuando un “...embrión in vitro es colocado en el vientre de una mujer que no es genéticamente la madre a cambio de una contraprestación dineraria.” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 581)

en las TERA y de los menores que nacen mediante estas, derechos como: la filiación, derecho a la identidad, derecho a la integridad física, el derecho a fundar una familia, etc.

Lo cierto es que actualmente la filiación a consecuencia de las TERA viene presentando inconvenientes a tal punto de realizarse pruebas de ADN⁶ para comprobar la veracidad de lo afirmado por los progenitores, ya que ahora los progenitores biológicos no coinciden con los progenitores legales (a excepción de la adopción), si bien es cierto puede haber un vínculo sanguíneo entre padres e hijos, pero la madre genética no es la que llevo la gestación.

De lo referido, existe casuística que involucra a la filiación con las técnicas de reproducción asistida, y que los medios de comunicación dieron a conocer de la siguiente manera:

El colegiado determinó en la Casación N° 563-2011-Lima que el Derecho de un menor engendrado por fecundación asistida a tener una familia idónea prevalece sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercer su patria potestad cuando ambos, premeditadamente, acordaron procrear a un ser humano para entregarlo en adopción a cambio de 'beneficios económicos. (Empresa Editora El Comercio S.A., 2012)

La filiación natural, es el "...producto de la relación íntima entre un hombre y una mujer, y como consecuencia de ello, la concepción de un hijo..." (Aguilar Llanos, 2017, p. 95), siendo está un tipo de filiación primigenia se ha visto alterada por los enormes avances científicos y la evolución de las sociedades, generando el reconocimiento de la filiación producto de las técnicas de reproducción asistida. El concebido procreado de manera

⁶ Siglas del ácido desoxirribonucleico es un polímero de elevado peso molecular, constituido por dos largas cadenas de nucleótidos en la que las bases que se hallan presentes son las purinas adenina y guanina y las pirimidinas timina y citosina. (Gispert, 1997, p. 26)

natural o mediante las técnicas de reproducción asistida representa vida y es un sujeto de derecho (inc. 1 del art 2 de la Constitución Política del Perú de 1993 en adelante la Constitución), en tal sentido tiene que determinarse y precisarse la filiación al momento de su nacimiento a fin de generar deberes y derechos con respecto del menor.

Finalmente, se concluye que el derecho de familia en cuanto a la filiación viene generándose grandes cambios a causa de las técnicas de reproducción asistida y que el art 7 de la Ley N° 26842, no ha coadyuvado a dar soluciones respecto a las personas que se ven involucradas en la realización y/o practica de las TERA, y menos aún a protegido al menor de edad; muy por el contrario este vacío legal a generado que este articulo sea interpretado de diferentes maneras en aras de proteger el interés superior del niño y el derecho a tener una familia, pero también a generado que la mujer que presta su vientre para realizar las TERA, al finalizar el procedimiento se resista a la entrega del niño y más aún registro al menor de edad como si ella fuese su madre biológica, desconociendo e incluso negando que ella se sometió a las TERA; es así que este vacío legal a generado una gran inseguridad jurídica, aprovechándose del anhelo de muchas parejas en ser padres, se ha desprotegido mucho derechos que se derivan de la familia, como la patria potestad, tenencia, la identidad de los menores, entre otros.

1.2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En los últimos años en el Perú la infertilidad ha cobrado una gran relevancia social, siendo así que uno de los métodos para poder contrarrestarla ha sido el sometimiento a las TERA, sin embargo, la falta de regulación en el ámbito jurídico ha generado que sea insuficiente el art 7 de la Ley N° 26842 de 1997, y que tal vacío legal ha originado una

gran incertidumbre Jurídica y social respecto a los individuos que se relacionan, y más aún de los menores de edad que se ven envueltos.

Es así, que los métodos de las TERA como la maternidad subrogada, el vientre de alquiler, la ovodonación, la crioconservación, etc., son algunas de las figuras jurídicas que actualmente no está regulado en nuestra legislación y que ahora es necesario llenar estos vacíos legales con el objeto de brindar la seguridad y garantías jurídicas a las parejas tratantes y subrogantes, así como proteger los derechos fundamentales de las personas que nacen bajo estas técnicas.

Por consiguiente, la utilización de las TERA como la solución para tratar la infertilidad ha generado problemas en el ámbito del derecho de familia, en especial lo concerniente a la filiación, dejando en total indefensión a los sujetos de derecho que intervienen en dicho proceso.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué criterios fueron utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los órganos de justicia del Perú?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La justificación de este trabajo de investigación reside en la preocupación por el ser humano y su entorno familiar ante los avances de la ciencia y la tecnología en la reproducción asistida, siendo necesaria la investigación del presente trabajo, dado que la

realidad social ha superado a la norma y que el vacío legal del art 7 de la Ley N° 26842 no determina soluciones a los problemas filiatorios derivados de las TERA.

Es decir, el estudio y análisis jurídico de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida (fecundación in vitro e inseminación artificial) en el Perú, va a permitir la identificación de otros problemas jurídicos, por lo que se procura mejorar su aplicación y no solo realizar como en la mayoría de procesos filiatorios la prueba decisiva del ADN como la más relevante para determinar la maternidad y paternidad, dejando de lado lo afectivo lo que realmente nos convierte en seres humanos.

Es así que la filiación no solo se compone de lo biológico sino también de la afectivo, si bien es cierto nuestro legislador ha regulado la filiación biológica (procreación) y la filiación legal (adopción), pero ahora tenemos la filiación derivada de las técnicas de reproducción.

Cierto es que, de los resultados que se pueda tomar de esta investigación serán de utilidad para la comunidad jurídica en los conflictos sociales de la filiación de los menores que nacen bajo las TERA, permitiendo a los magistrados de los diferentes órganos de justicia del Perú resolver aquellos problemas de forma racional y motivada, amparándose no solo en las pruebas biológicas sino también en aspectos socioafectivos a fin de proteger a la familia.

A primera vista este trabajo se encuentra ligado con la necesidad de llenar un vacío legal en cuanto a las TERA para proteger y garantizar los derechos de parejas que se

sometan a este tipo de procedimientos, en verdad lo que se protege son los derechos de los niños como: la filiación, patria potestad, tenencia, alimentos, identidad, etc.

Por consiguiente, la presente investigación es necesaria, puesto que estamos ante un cambio en la esfera familiar y la procreación. Además, aportar con mejoras para el criterio jurídico por parte de los operadores del derecho, asimismo llegar hasta probables reformas legales sobre las TERA.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivo general

Conocer los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los órganos de justicia del Perú

1.5.2. Objetivos específicos

- a) Analizar las sentencias emitidas por los diferentes órganos de justicia del Perú sobre las técnicas de reproducción asistida.

- b) Determinar la relación entre manifestación de la voluntad de las partes intervinientes y la filiación del menor de edad derivada de las técnicas de reproducción asistida.

- c) Analizar la aplicabilidad del interés superior del niño al determinar la filiación del menor nacido bajo las TERA.
- d) Explicar el criterio de prevalencia del derecho de la identidad socioafectiva adoptados por los jueces de los diferentes órganos de justicia del Perú frente a la identidad jurídica y biológica.
- e) Analizar la implicancia del derecho al entorno familiar del menor en casos de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.
- f) Diseñar una propuesta legislativa que establezca los criterios jurídicos para la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

1.6. DELIMITACIÓN

El presente trabajo de investigación está delimitado en el estudio de las técnicas de reproducción humana asistida de fecundación in vitro e inseminación artificial, siendo estas las más usadas en los procedimientos de tratar los trastornos de la fertilidad en el Perú.

1.7. LIMITACIONES

Las limitaciones que presenta esta investigación son en torno a la obtención de opiniones doctrinales sobre las TERA y sobre otros conceptos biogenéticos, que si bien es cierto son abundantes, pero se encuentran en otro idioma dificultando su lectura a pesar que se

realice la traducción por la desorganización de los conectores, cambio de palabras por sinónimos y la desconfiguración de los párrafos.

1.8. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.8.1. De acuerdo al fin que se persigue

Esta investigación jurídica tiene por objetivo identificar los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las TERA, es por ello que se ha estudiado y analizado diversas sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú, teniendo en claro que no hay manipulación de los hechos, ni de los fundamentos que motivan la decisión del juez, lo que hace que esta investigación sea del **tipo básico**, al no alterar ni manipular el fenómeno de estudio tan solo se procura "...conocer y explicar los fenómenos de la realidad natural y social..." (Pacheco Espejel & Cruz Estrada, 2006, p. 81).

1.8.2. De acuerdo al diseño de la investigación

La presente investigación tiene un **alcance descriptivo**, esto implica que al analizarse las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú sobre las TERA, identificaremos los criterios adoptados por los magistrados al determinar la filiación del menor que nace bajo los métodos de reproducción, cabe señalar que este alcance "explica las propiedades importantes del fenómeno a investigar" (Tantaleán Odar, 2015, p. 6).

Además, el diseño de esta investigación es del tipo **no experimental**, a razón que no existe manipulación de ninguna variable, tan solo se limita al estudio y análisis las sentencias sobre las TERA para identificar los criterios asumidos por los magistrados en determinar la filiación. Lo que hacemos en esta investigación no experimental es observar fenómenos tal como se dan en su contexto natural, para posteriormente analizarlos (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2010, p. 191).

Por último, es de **corte longitudinal**, porque permitió conocer los hechos y fundamentos de la decisión de los jueces para determinar la filiación derivada de las TERA.

1.8.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utiliza

El enfoque de esta Investigación es **cualitativo**; dado que, se recabó y analizó la información de las sentencias sobre las TERA, sin manipulación alguna de los hechos, fundamentos de la decisión de los jueces o de las variables. Hernández Sampieri (2010) manifiesta que en este tipo de enfoque "...la investigación cualitativa se enfoca a comprender y profundizar los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con el contexto." (p. 346)

Por esta razón el procedimiento que se sigue para el desarrollo de la investigación consta de dos pasos:

Primero, se analizó las sentencias emitidas por los diferentes órganos de Justicia del Perú sobre las técnicas de reproducción asistida procediéndose a dar una lectura y análisis meticoloso para luego con la guía de análisis elaborada extraer los argumentos de los jueces para determinar la filiación.

Segundo y último, se ha recabado opiniones de diferentes doctrinarios para definir la filiación, las técnicas de reproducción asistida y otras instituciones jurídicas o sociales, identificándose sus posturas, coincidencias y posibles contradicciones respecto a los criterios utilizados por los jueces al decidir otorgar la filiación de los niños que nacen bajo las TERA.

1.9. HIPÓTESIS

Los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los órganos de justicia del Perú son: a) la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, b) la aplicabilidad del interés superior del niño, c) la prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva; y, d) predominio del derecho al entorno familiar del menor.

1.10. VARIABLES

1.10.1. Variable independiente

Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

1.10.2. Variable dependiente

V1. Manifestación de la voluntad de las partes intervinientes.

V2. Aplicabilidad del interés superior del niño.

V3. Prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva.

V4. Predominio del derecho al entorno familiar del menor.

1.10.3. Operacionalización de las variables

Cuadro n° 01

Operacionalización de las variables

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE	Vínculo biológico o social que existe entre progenitores e hijos que han nacido bajo algún método biomédico en el tratamiento de la infertilidad de los progenitores.	g) Identificación de la filiación derivada de las TERA en el art 7 de la Ley General de Salud – Ley N° 26842. h) Análisis de las sentencias de casos judicializados sobre las TERA emitidas por los diferentes órganos de justicia del Perú.
Filiación deriva de las técnicas de reproducción asistida		
VARIABLES DEPENDIENTES		
Manifestación de voluntad de las personas intervinientes	Acto por el cual se exterioriza el querer interno en realizar un acuerdo expresados por la pareja tratante y pareja subrogante	a) Principio del interés superior del niño. b) Derecho a fundar una familia. c) Contratos de maternidad subrogada verbales o escritos.
Aplicación del interés superior del niño	Empleo de los derechos de los niños sobre cualquier otro derecho en la toma de decisión de los organismos institucionales	
Prevalencia del derecho a la identidad socioafectiva	Imposición del reconocimiento de conductas afectivas de un sujeto que determina su personalidad y quien es en la sociedad.	
Predominio del derecho al entorno familiar del menor	Prevalencia de las circunstancias del cuidado y afecto del menor dentro de una familia frente a la separación.	

Fuente: Elaboración propia de la autora

1.11. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. Genéricos

La presente investigación tiene como métodos genéricos los siguientes:

A. Método inductivo - deductivo

Se da del análisis sobre las sentencias de los órganos de justicia del Perú para llegar a obtener los criterios utilizados por los jueces en determinar la filiación derivada de las TERA, que en palabras de Rodríguez Moguel (2005) estos métodos se dan: es inductivo cuando "... a partir del estudio de casos particulares, se obtiene conclusiones o leyes universales que explica o relacionan los fenómenos estudiados."; y, deductivo de las "... conclusiones particulares a partir de una ley universal." (p. 29)

O como diría Muñoz Razo (2011) que este iniciaría desde la observación casuística del fenómeno de estudio (sentencias de los órganos de justicia del Perú) los cuales serían analizados para formular y obtener conclusiones generales (los criterios utilizados por los jueces en determinar la filiación derivada de las TERA)

B. Método de investigación estático

Según Muñoz Razo (2011) considera que:

Es el método de investigación que sólo se limita a observar los hechos y fenómenos bajo un aspecto concreto y sin admitir ninguna variación en cuanto a alcances, normas y parámetros del comportamiento del propio fenómeno; su propósito es investigar a fondo e interpretar los hechos, para llegar a una conclusión y comprobar su validez dentro de las condiciones previamente determinadas y sin admitir ninguna variación en ellas. (p. 219)

Esto quiere decir que se observará y analizará las sentencias de los órganos de justicia del Perú sobre las TERA sin alterar los fundamentos de hecho con el solo objeto de interpretarlos y estudiarlo a fondo con la finalidad de obtener los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las TERA.

1.11.2. Propio del derecho

Ahora bien, el método específico propio del derecho es:

A. Método funcional

Porque “En materia jurídica, el método funcional es, pues, eminentemente inductivo: sus dos columnas son la casuística y la jurisprudencia.” (Ramos Nuñez, 2007, p. 115), es así que el objeto a analizar y estudiar son todas las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú sobre las TERA los cuales servirán para hallar los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

1.12. UNIDADES DE ANÁLISIS Y UNIDADES DE OBSERVACIÓN

1.12.1. Unidad de análisis

Está constituida por las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú sobre las TERA. Es por ello que se aplicó el **método particular** consiste en "... el estudio exhaustivo de los diversos documentos que tiene a su alcance..." (Ramos Suyo, 2008, p. 349)

1.12.2. Unidad de observación

Viene hacer las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia del Perú y la Corte Suprema de la Republica del Perú relacionadas con la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida en las que se utiliza la **técnica de análisis documental** en las sentencias con la finalidad de sustraer los datos relevantes para la investigación, dado que "... los hechos o las ocurrencias sociales han dejado o están dejando huellas: documentos escritos, fotografías, filmes, grabaciones, etc., relevantes en el proceso de investigación." (Ramos Suyo, 2008, p. 370)

Como podemos apreciar la unidad de observación es un soporte de las técnicas de recolección de datos, siendo este un instrumento de medición en las diversas investigaciones jurídicas.

1.13. MUESTRA

1.13.1. Muestra

Esta investigación tiene como muestra las 6 sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia del Perú y la Corte Suprema de la República del Perú

relacionadas con la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, lo que hace que la población sea manejable por ende es del **tipo de muestra por conveniencia** porque “estas muestras están formadas por los casos disponibles a los cuales tenemos acceso.” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014, p. 390)

1.13.2. Unidad de análisis

La unidad de análisis está constituida por cada una de las sentencias emitidas por los órganos de justicia del Perú

Las sentencias recolectadas sobre las TERA tanto de fecundación in vitro e inseminación artificial son las siguientes:

Cuadro n° 02

Sentencias que se tomó como muestra para la identificación de los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

ÓRGANO JUDICIAL	TERA	SENTENCIA
Corte Superior de Justicia del Perú	Fecundación in vitro	Exp N° 183515-2006-Lima
	Fecundación in vitro	Exp N° 06374-2016-Lima
Corte Suprema de la República del Perú	Inseminación artificial	Cas N° 5003-2007-Lima
	Fecundación in vitro	Cas N° 2141-2009-Lima
	Fecundación in vitro	Cas N° 4323-2010-Lima
	Inseminación artificial	Cas N° 563-2011-Lima

Fuente: Elaboración propia de la autora

1.14. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.14.1. Técnicas

Con el fin de obtener y recopilar la información del contenido de las sentencias emitidas por los diferentes órganos de justicia del Perú relacionadas con la filiación derivada de técnicas de reproducción asistida se utilizó la técnica de análisis documental.

Por otro lado, para recabar las opiniones de los doctrinarios sobre la filiación, técnicas de reproducción asistida y otras instituciones jurídicas o sociales se utiliza el fichaje.

1.14.2. Instrumentos

Para realizar la recolección de la información se utilizó los siguientes instrumentos:

A. Guía de análisis elaborada

Para las sentencias emitida por los diferentes órganos de justicia del Perú, de esta manera poder transcribir los principales argumentos que motivan la decisión de los jueces en cada sentencia al conceder la filiación de los menores que nacen bajo las TERA.

B. La ficha

Instrumento que facilitó la recopilación de información sobre las diferentes opiniones de los doctrinarios que ayudan en determinar definiciones y posturas respecto al tema investigado.

1.15. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Después de realizar una búsqueda en la plataforma de RENATI⁷, encontré solo la siguiente tesis el cual se relaciona con mi trabajo de investigación:

Ticse Travezo M.C. (2018). La regulación de la filiación derivada del uso de técnica de reproducción asistida con subrogación materna en la legislación peruana. (Tesis magistral). Universidad de la Amazonía Peruana, Iquitos. Ha concluido que en la legislación peruana no está normado la figura de la filiación derivada de las TERA con subrogación materna, por lo que hace necesario que sea regulada para llenar los vacíos legales para dar solución a casos concretos.

Por otro lado, dentro de mi búsqueda exhaustiva de la investigación encontrado dentro del territorio peruano espacio donde se ubica el problema de estudio otras investigaciones que también son relevantes:

Amado Ramírez E. P. (2017). Un vistazo a la maternidad subrogada en el Perú. (Artículo). Gaceta Constitucional Tomo 116; Lima. P. 199. Concluye que:

⁷ Registro Nacional de Trabajos de Investigación

Es necesario que se replantee todo el sistema de filiación ya que la llamada filiación biológica está perdiendo fuerza frente a la llamada filiación civil, en la cual, lo que se valora es la voluntad, la cual se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad y en el principio de afectividad. (p. 199)

Cárdenas Krenz A.R. (2014). El derecho de las personas concebidas mediante técnicas de reproducción asistida a conocer su identidad biológica, desde una perspectiva biojurídica. (Tesis magistral). Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Lima. Concluye que el menor nacido bajo las TERA debe conocer su origen biológico, pues esto no implica que genere vínculos filiales con los progenitores biológicos, además el autor refiere que la filiación no debe estar sujeta solo a datos genéticos para determinar la paternidad sino debe tenerse en cuenta la verdad sociológica, cultural y social.

Canessa Vilcahuamán R.H. (2008). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. (Tesis magistral). Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. Llegó a la conclusión que, todo procedimiento de las TERA debe ser con consentimiento informado de todas las personas involucradas (de la pareja tratante, pareja subrogante y persona donadora de gametos), así como el acreditar la capacidad de goce con la finalidad de proteger a los incapaces, al igual como al menor nacido bajo la reproducción asistida.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. FILIACIÓN

La familia como decía Santo Tomas de Aquino es el núcleo fundamental de la sociedad, y es por eso que el Estado la protege. El surgimiento de la familia es por el lazo o vínculo afectivo que se da entre personas dentro de su convivencia mutua, que está compuesta por aspectos éticos, espirituales, jurídicos, morales y sentimentales encaminados a la realización del proyecto de vida personal de cada individuo.

Por las razones anteriormente expuestas es que la familia es importante dentro de la sociedad y del Estado a tal grado que la normatividad tanto nacional como internacional la protegen. La filiación es parte del derecho de familia, asimismo genera derechos y deberes entre padres e hijos ya sea por vínculo de sangre o vínculo legal.

2.1.1. Definición

Sobre la filiación es resaltante señalar que una de las doctrinas iniciales señalaba aun la existencia de hijos matrimoniales y extramatrimoniales, a lo que los maestros Ripert y Boulanger, consideraban que: “filiación legítima (o filiación matrimonial), estiman que la filiación es legítima cuando el padre y la madre del niño han constituido una familia por el matrimonio y el hijo ha sido concebido o por lo menos ha nacido durante ese matrimonio” (Gallegos Canales & Jara Quispe, Manual de Derecho de Familia, 2015, p. 284)

A lo referido, el contexto ha cambiado con el transcurrir de los años, y hoy prima la igualdad entre los hijos que se puede tener en el matrimonio o fuera de este, por esta razón la filiación no podría ser clasificada como lo han señalado Ripert y Boulanger.

La definición de filiación por la mayoría de doctrinarios, es aquella relación de parentesco que tiene la prole y sus progenitores otorgándole derechos y deberes para el cuidado del primero.

Varsi Rospigliosi (2013) considera en dos sentidos la filiación, uno genérico, como la relación que vincula o une a la persona con sus ascendentes y descendientes; y, otro estricto, como el lazo entre hijos con sus padres estableciendo una relación de sangre y derecho. (p. 62)

Por su parte, Aguilar Llanos (2017) citando a Edgard Baquero y Rosalía Buenrostro refiere que “paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes entre los progenitores.” (p. 97)

No hay que perder de vista que “... ‘Filiación’ es, ante todo, ‘el hecho’ de la generación por nacimiento de una persona, llamada ‘hijo’, de otras dos personas a quienes se llama ‘progenitores’; indica luego también la ‘relación jurídica’ que media entre ‘progenitores’ e ‘hijos’”, según lo indica Barbero. (Gallegos Canales & Jara Quispe, Manual de Derecho de Familia, 2015, p. 281)

Como apreciamos existe muchos puntos de vista respecto a la definición de filiación, por lo que he creído conveniente clasificarlos en estados (jurídico, social, civil y biológico) a fin de recopilar las diferentes opiniones doctrinales:

A. Estado jurídico

La filiación como un vínculo jurídico que va a unir, entrelazar y relacionar al hijo con sus padres (padre y madre), a lo que existiría una relación de parentesco (ascendientes y descendientes directos)⁸; sin embargo, esto no se queda solo en el tema de relación de consanguínea, sino, a una relación que va a tener el recién nacido, adoptado o el concebido por reproducción asistida⁹.

B. Estado social

Méndez Costa, Troncoso Larronde y Varsi Rospigliosi, han determinado que la filiación desde el estado social viene hacer, aquel vínculo existente entre hijos y padres (es decir una relación de paternidad y maternidad respectivamente) que viene a involucrar la relación generado entre descendientes y ascendientes, van a tener un objetivo común que

⁸ También se la define como el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre y con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente. (López Díaz, 2005, p. 411)

⁹ La filiación es un concepto relacional, como sostiene Lobo “es la relación de parentesco que se establece entre dos personas, una de las cuales es nacida de la otra, o adoptada, o vinculada mediante posesión de filiación o por la concepción derivada de inseminación artificial heteróloga” (191). Podemos identificar, según el autor citado, cuatro formas de establecer el parentesco filial: (i) nacimiento, (ii) adopción, (iii) posesión de estado y, (iv) concepción asistida. (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 74)

desplegará efectos jurídicos, es así como nosotros llamamos relaciones paterno filiales¹⁰; no solo es una relación con los progenitores sino también con todos los parientes de los padres.¹¹

Pero estos lazos, relaciones o vínculos, no solo es con los hijos de sangre (consanguíneos), sino también con los hijos de un acto matrimonial (afinidad – hijastros) o también por la propia voluntad del hombre; entre reconocimiento y adopción.¹²

C. Estado civil

La filiación como un estado civil, viene hacer un estado civil del hijo en relación con sus padres progenitores, siendo que el estado de paternidad que es perteneciente al padre respecto del hijo engendrado por este; y, el de maternidad es el estado de la madre respecto de los hijos que ha dado a Luz. (Valverde y Valverde, 1926, p. 405)

¹⁰ “...la filiación es el vínculo existente entre el padre o la madre y el hijo; se refiere por tanto a la relación de paternidad o maternidad respectivamente.” (Troncoso Larronde, 2011, p. 300)

La filiación es la principal, evidenciando el ligamen paternofilial. Importante y de mayor jerarquía, la filiación genera la relación jurídica más trascendente de la persona en torno a la cual, descendiente y ascendiente, forjan su destino en común y se despliegan consecuencias legales. (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 62)

¹¹ Méndez Costa la define como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado” (159). Igual para Cicu quien dice que es el estado cuya característica es “que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no solo con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres” (160). (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 68)

La filiación en sentido genérico es la relación que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y, en sentido estricto, aquella que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y de Derecho entre ambos. (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 62)

¹² Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción) (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 61).

D. Estado biológico o genético

Para los doctrinarios Espín Cánovas, López del Carril y López Díaz; han determinado lo siguiente:

La filiación como estado biológico de un hecho de la naturaleza¹³, es que la maternidad es resultado del parto de la mujer, el cual establece la identidad del recién nacido; mientras que la paternidad deberá ser probada respecto al autor del embarazo de la madre,¹⁴ (todo esto se resume en la relación biológica entre el padre que lo engendró y la madre que lo alumbró).¹⁵ Actualmente se asegura que la fuente de la filiación o el origen de esta se encuentra en la procreación y no dentro del concepto del matrimonio.¹⁶

Finalmente, de todas estas definiciones comparto la opinión del maestro López del Carril que es citado por Gallegos Canales y Jara Quispe (2015), ha determinado la no existencia de un concepto establecido sobre la filiación, dado que, la mayoría considera que si bien se trata de un hecho biológico, se olvida que también es jurídico, o viceversa¹⁷ ; por

¹³ Importa desde el ángulo biológico un hecho de la naturaleza, que por sí solo implica un emplazamiento natural en el carácter y condición de hijo y padre y madre, cuya posición posterior es regulada por el Derecho.” (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2015, p. 283)

¹⁴ Espín Cánovas “la maternidad, resultará del hecho del parto de una mujer y de la identidad del nacimiento de aquel parto con el que pretenda demostrar su relación de filiación respecto a la misma. La paternidad deberá probar que un hombre determinado ha sido el autor del embarazo de la madre.” (Gallegos Canales & Jara Quispe, 2015, p. 284)

¹⁵ López del Carril “con respecto al concepto de filiación es que ésta es la relación biológica que une a una persona con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró. (Gallegos Canales & Jara Quispe, Manual de Derecho de Familia, 2015, p. 283)

¹⁶ Concepto moderno de que la fuente de la filiación es la procreación y no el matrimonio, (López Díaz, 2005, p. 412)

¹⁷ El maestro López del Carril citado por Gallegos Canales y Jara Quispe (2015) señala que:

todo eso creo que la filiación es un hecho biológico con consecuencias jurídicas de derechos y deberes de los padres respecto al cuidado de su hijo.

2.1.2. Características

Para determinar las características de la filiación he creído conveniente seleccionar las más relevantes de todos los aportes doctrinales que he podido encontrar en esta investigación, por consiguiente, se tiene que la filiación es:

A. Única

Porque la persona solo tiene un solo vínculo filial es decir un padre y una madre (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 70), sin importar su naturaleza es decir biológica, adoptiva y mediante las TERA.

Las TERA ha hecho que la filiación ya no se límite a un solo vínculo filial, ya que gracias a la reproducción asistida heteróloga tenemos que en la procreación humana no natural el niño concebido pueda tener varios progenitores (personas que aportaron material genético, una mujer que ha llevado la gestación, y las personas que legalmente tendrían la tenencia del menor), como diría Troncoso Larronde (2011), que la filiación es un “fenómeno jurídico que se fundamenta en el hecho

No existe un cabal y ceñido concepto de lo que es filiación pues para algunos es un hecho, sin determinar si ese hecho es biológicos o jurídico; otros se pliegan al concepto de que se trata de un hecho jurídico, olvidando que se trata fundamentalmente de un hecho biológico, otros confunden filiación con parentesco, y omiten que éste es el resultante del hecho biológico y no su antecedente. (p. 283)

fisiológico de la procreación, con la salvedad de la filiación adoptiva creada por el legislador y artificial, en el sentido que no supone un vínculo de sangre.” (p. 286)

B. Socioafectiva

En esta parte el maestro Enrique Varsi (2013), citando a Lôbo afirma que la convivencia familiar va crear una situación socioafectiva del niño con sus ascendientes, asimismo el doctor Diefo Leite de Campos, que es citado por Varsi ha referido que la relación filial nace de la convivencia siendo esto que no se es necesario la procreación para determinar una relación filial. (p. 70)

C. Vínculo jurídico

El nexos, lazo, ligadura, relación o vínculo que une a los progenitores con sus hijos en el campo jurídico como manifiesta Krasnow citado por Varsi (2013), tiende a surgir efectos legales entre sus integrantes (p. 70), como: la herencia, alimentos, educación, patria potestad, tenencia, identidad, nacionalidad, etc.

D. Unitaria

Varsi (2013) expresa que la unidad en la filiación implica igualdad y equiparidad con respecto a los derechos y deberes entre padres e hijos (p. 72). Esto quiere decir que no importa el estado civil de los

progenitores, solteros o casados, ya que no se hará ninguna distinción respecto a tal condición.

E. Orden público

La relación paterno filial tiene una gran transcendencia tanto es la esfera privada como el la pública, y por ser tan relevante el derecho público la regula y limita la actuación privada respecto a modificarla o pactarla. (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 72)

F. Inextinguible e imprescriptible

Enrique Varsi (2013) refiere que la filiación va a prolongarse en el tiempo y sobre la voluntad de los individuos, por esta razón es que cita a los maestros De Farias y Rosensvald, quienes han justificado en tres razones:

Primus, en razón de su carácter declarativo limitando la afirmación a la existencia de una relación jurídica, secundus, por tratarse de una acción de estado no puede someterse a un plazo extintivo, tertius, con mayor razón y vigor, por envolver un derecho fundamental, reconocido constitucionalmente, no puede estar sometido a un plazo para su ejercicio. (p. 72)

2.1.3. Clasificación

A continuación, determinaré la clasificación de la filiación, dividiéndola en: filiación biológica, filiación legal y filiación social.

A. **Filiación biológica**

Filiación biológica también conocida como filiación natural, como su propio nombre sugiere se da por el simple hecho de la procreación siendo así que existe las relaciones filiales entre padres e hijos y razón de ser del surgimiento de derechos y obligaciones entre ambos.

Galindo Garfias (1994), considera que la filiación viene hacer la expresión jurídica del hecho biológico de la procreación por consiguiente esto dará inicio a la figura de la filiación asignándose automáticamente las relaciones filiales entre padres e hijos direccionándose todo esto solo al parentesco y al inicio de las relaciones jurídicas de derechos y deberes entre ambos. (p. 221)

Por su parte el doctor Varsi Rospigliosi (2013) determina que el ser humano si o si contará con una filiación a causa de ser engendrado y que la concepción unirá a los progenitores en reconocer a su linaje. (p. 65)

Los derechos y obligaciones según Méndez Costa (1986), indican que la ley los ha organizado por la causa del hecho biológico; no obstante, la procreación ha dejado en claro que es el inicio de la existencia de la persona. (ps. 13-14)

Varsi (2013) dentro de su trabajo ha recopilado los comentarios de algunos autores muy reconocido, entre los cuales tenemos a Planiol y Rippert, López del Carril, Díez Picazo y Gullón, Espín Cánovas que aluden lo siguiente:

La relación entre el padre e hijo (el varón que engendro y el engendrado), así como la madre y el hijo (la mujer que concibió y el concebido) se marca por la procreación – lo biológico, lo que finalmente en la filiación; siendo este vínculo lo que el derecho utiliza para dar la condición de padre y madre respectivamente. (p. 68 - 69)

Todo esto me ha hecho recordar que el legislador en su art 409 del C.C. ha prescrito lo siguiente:

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Siendo evidente la postura del legislador en cuanto a la condición de madre que solo lo tendría la mujer que ha dado a luz, es así que podemos observar la importancia de la relación biológica para determinar la filiación.

B. Filiación legal

La filiación legal se da por el vínculo jurídico dado por las relaciones paternofiliales que el legislador ha determinado a dos personas como madre y padre de una persona (hijo), este vínculo va crear derecho y deberes entre padres e hijos.

Eduardo Zannoni (1989), alude que la filiación es un conjunto de relaciones jurídicas causadas por las relaciones paternofiliales lo que liga a los padres con sus hijos en el ambiente familiar. (p. 283)

El doctor Enrique Varsi (2013) ha citado diversos autores como Cornu, Schmidt y Veloso, Mizrahi quienes opinan que:

Esta clase de filiación va a constituir un vínculo jurídico entre dos personas que el legislador ha denominado al varón como padre y a la mujer como madre concerniente al hijo procreado entre ambos, emergiendo así derechos y deberes entre estos, que durará toda la vida. Cabe señalar que este lazo jurídico o legal está ligado a un vínculo sentimental. (p. 68)

Finalmente debo concluir diciendo que esta filiación al no concordar con lo biológico la norma determinará la filiación, tal como sucede en los casos sobre las técnicas de reproducción humana asistida, y que años atrás el problema era más en la condición del hijo el cual era mal llamado hijo matrimonial o hijo extramatrimonial.

C. Filiación social

Farias y Rosenvald citados por Enrique Varsi (2013), alude que la filiación viene hacer aquella relación de parentesco entre los individuos que han procreado o han adoptado a razón de afecto y solidaridad, esta pareja que busca el anhelado sueño de su realización personal de ser padres. (p. 63)

Sin embargo, no solo es centrarse en el punto de lo biológico o legal, sino que existe aquella filiación que aun comprobándose mediante una prueba biológica que no es padre esta persona asume dicho rol, a lo que la doctrina señala que es un padre social.

En algunos casos que puede presentarse este problema está relacionado con la TERA ya sea inseminación artificial o fecundación in vitro heterólogas, pues resulta que los supuestos madre y padre o uno de ellos no han aportado material genético (gametos) y se les concede la filiación social.

Es así que Aguilar Llanos (2017) refiere que:

El padre social es una verdad a considerar a fin de que el ADN no termine siendo endiosado, y aceptado en forma absoluta, sino que se debe considerar situaciones en las que es recomendable mantener al padre social al frente de su hijo social, porque ello es lo más beneficioso para el menor. (p. 100)

La filiación en el caso de las TERA no se encuentra regulada, lo cual ha generado un gran problema socio-jurídico, es por esta razón que los magistrados han utilizado diversos criterios para determinar la filiación del menor nacido bajo cualquier técnica de reproducción, pero siempre teniendo en cuenta el interés superior de niño.

2.2. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

2.2.1. Definición

Antes de definir que es una TERA debemos determinar que se entiende como técnica, siendo esta:

Conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia, arte o actividad. (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2004, p. 886)

Ahora bien, la doctrina por su lado a dado las siguientes definiciones:

Las técnicas de reproducción asistida (TERA) son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia. (Varsi Rospigliosi, 1996, p. 48)

Benjamín Aguilar Llanos (2017) refiere que “... son métodos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia.” (p. 117)

Por su parte Juan Espinoza Espinoza (2006), señala que las TERA están encaminadas a procurar la descendencia propia de las personas por medio de la inseminación artificial o la fecundación in vitro para combatir los trastornos de la infertilidad y poder las parejas tener sus propios hijos. (p. 110-111)

Por consiguiente, debemos entender como técnica de reproducción asistida¹⁸ aquellos procedimientos biomédicos utilizados para suplir o facilitar el proceso biológico natural de la procreación cuyo fin es crear un nuevo ser humano.

2.2.2. Clases de técnicas de reproducción asistida

Del estudio y análisis de las opiniones doctrinarios he determinado las siguientes clases de reproducción asistida:

A. Inseminación artificial

Esta clase de TERA consiste en obtener los gametos masculinos y mediante un instrumento médico¹⁹ introducirlos en la cavidad vaginal hasta llegar al útero mediante la ayuda de un tercero el cual depositará los espermatozoides con el objetivo de facilitar la fecundación con el óvulo.

La doctrina ha definido de la siguiente manera:

La técnica consiste en introducir esperma en la vagina o en el cuello del útero con ayuda de un catéter de plástico o una jeringa y aparece ante la imposibilidad del embarazo. (Minyersky, 2004, p. 149)

¹⁸ “...es un método subsidiario o alternativo de procreación.” (Varsi Rospigliosi, 2013, p. 566)

¹⁹ “Se dice de la inseminación artificial cuando se introduce el semen a la vagina por una vía distinta del coito.” (Aguilar Llanos, 2017, p. 117)

Cárdenas Quirós (1999) señala como: "... introducción del semen en el útero de la mujer, sin mediar la cópula sexual, para conseguir que se produzca la fecundación uterina, que por diversas razones no puede ser lograda normalmente por la pareja." (p. 171)

Por su parte el maestro Varsi Rospigliosi (2013a) manifiesta que: "La inseminación artificial tiene como fin esencial la procreación, pues el semen se inyecta, de manera directa, pero asistida, en la vagina de la mujer, y no la posibilidad de realizar experimentación alguna..." (p. 404)

Como apreciamos esta clase de TERA tiene características de solo ser utilizada en casos de imposibilidad de embarazo y que no permite la experimentación.

B. Fecundación in vitro o extrauterina

Por otro lado, tenemos la fecundación in vitro o también conocida como fecundación extra corpórea la doctrina lo ha definido de la siguiente manera:

Una técnica por medio de la cual se provoca, fuera del cuerpo de la mujer, el encuentro de un óvulo con un espermatozoide para dar como resultado un embrión, el que será implantado en el útero de la mujer o en el de una tercera persona. (Cárdenas Quirós, 1990, p. 182)

El doctor Aguilar Llanos (2017) refiere que es:

Procedimiento por el cual se extrae el líquido folicular (aquel que contiene la hormona foliculina o estrona), para fusionar luego el óvulo con el espermatozoide extracorporalmente (in vitro), procediéndose más tarde a la implantación del huevo en el útero materno. (p. 118)

Por su lado Varsi Rospigliosi (2013) determina que “La fecundación extracorpórea busca la unión del espermatozoide y óvulo en una probeta y tiene entre sus objetivos (además) la investigación humana científica.” (p. 405)

De estas opiniones puedo concluir definiendo que esta TERA trata de la fecundación del óvulo por el espermatozoide en un ambiente artificial que es controlada por una tercera persona y que tiene como objetivo crear embriones los cuales posteriormente serán implantados en el útero femenino a fin de que gaste al nuevo ser humano, y los sobrantes serán crioconservados²⁰.

2.2.3. Modalidades de técnicas de reproducción asistida

Dentro de las clases de las técnicas de inseminación artificial y fecundación in vitro estas pueden ser de dos modalidades, homóloga o heteróloga.

²⁰ Entiéndase como la “...técnica que consiste en congelarlos usando nitrógeno líquido a temperatura de más de 160 grados bajo cero.” (Kcomt Reyna, 2009, p. 51)

A. Homóloga

La modalidad homóloga de las TERA se da al utilizarse los gametos de la pareja tratante para crear el nuevo ser humano, aun cuando la gestación lo pueda realizar otra mujer. Por su lado la doctrina nos señala:

Tanto en la IA y FIV no presentarán mayor inconveniente puesto que los gametos (espermatozoides y óvulos) son de la pareja tratante (cónyuges o convivientes), siendo esto así que no se presentaría problemas en determinar su filiación del menor nacido bajo esta técnica, excepcionalmente habría conflicto en la filiación en los casos de maternidad subrogada o vientre de alquiler. (Cárdenas Quirós, 1990, p. 172 - 182)

Espinoza Espinoza (2006) añade que el uso de las TERA y de la modalidad homóloga "... se practican sólo entre los miembros de una pareja estable." (p. 118)

B. Heteróloga

He definido anteriormente lo que trata la modalidad homóloga de las TERA cuyo material genético pertenece a la pareja tratante, contrariamente a esto la modalidad heteróloga los gametos ya sea de uno o de ambos cónyuges, convivientes, pareja tratante, no les pertenecen sino a terceros donadores.

Cárdenas Quirós (1990) señala que "... cuando el semen que se introduce en el útero de la mujer no es el del esposo (...) uso de óvulos

de una mujer distinta a la esposa...” (p. 174 - 182), sin embargo, esto va a requerir de “... la intervención de un tercero en la calidad de donante...” (Espinoza Espinoza, 2006, p. 118)

En conclusión, las técnicas de reproducción como aquellos métodos biomédicos que ayudan a tratar la infertilidad de las personas han solucionado en gran medida un problema de salud, sin embargo, al no contar con una norma específica sobre el uso de las TERA ha traído inconvenientes para el mundo jurídico, generando un vacío legal respecto a la filiación de los menores nacido bajo las TERA y desarrollando diferentes interpretaciones con respecto a nuestra normatividad.

2.3. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD

En la realización de algún acto o negocio jurídico las partes que se involucran van a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica. Además, debemos considerar los elementos y requisitos del acto o negociación jurídica los cuales se encuentran prescrito por el art 140 del C.C.:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En el artículo en mención observamos que el legislador considera que la manifestación de la voluntad es un elemento esencial y pilar fundamental para concretar la creación de una relación jurídica.

2.3.1. Definición

Antes de dar una definición propia sobre la manifestación de voluntad es necesario previamente ver lo que dice la doctrina sobre esta figura jurídica, por lo que a continuación resalto estos argumentos importantes:

El maestro Aníbal Torres Vásquez (2008) refiere que la manifestación de la voluntad es cuando un individuo va expresar o exteriorizar su deseo o querer interno en realizar una determinada acción el cual tendrá consecuencias jurídicas y que es de interés para cada uno de los particulares en forma personal, cabe señalar que el expresar el deseo interno da paso a la creación del acto jurídico. (p. 119)

Court Murasso (2009) considera que este elemento esencial se da mediante la voluntad y que esta tendrá relevancia o importancia en el derecho cuando sea exteriorizada de lo contrario no, pues al encontrarse solo en el dominio interno del individuo no crea relación jurídica alguna por lo que es irrelevante para el derecho en sí. (p. 23)

La manifestación de voluntad según Aníbal Torres (2008), tiene elementos internos que viene hacer el discernimiento²¹, intención²² y libertad²³; y, externo que es la manifestación propiamente dicha. Con estos dos elementos se formaría lo que el autor señala como voluntad jurídica dado que produce consecuencias y efectos jurídicos. (p. 119)

Para concluir, puedo decir que la manifestación de voluntad es aquella expresión del deseo o querer interno de una persona direccionado a crear una relación jurídica para la satisfacción de intereses propios lo cual es relevante para el derecho.

2.3.2. La autonomía de voluntad privada

Referentemente a este punto el doctor Aníbal Torres (2008) señala que “La autonomía de la voluntad privada es el poder que tienen las personas para, con su manifestación de voluntad, darse normas por sí mismos con el fin de regular sus intereses en el campo de las relaciones económicas – sociales.” (p. 136)

Bianca refiere que “... la autonomía privada es fundamentalmente el poder de autodeterminación del sujeto, es decir el poder que tiene de decidir de su propia esfera jurídica.” (Torres Vásquez, 2008, p. 137)

²¹ Como uno de los elementos de la manifestación de la voluntad es el discernimiento el cual debemos entender que es “... distinguir el bien del mal y entender el alcance, el valor y las consecuencias de cualquier acto.” (Ossorio, 2010, p. 334)

²² La intención como aquella “Determinación de la voluntad en orden a un fin. Deseo, voluntad...” (Gispert, 1997, p. 872)

²³ Entendida como el “Estado existencial del hombre en el cual éste es dueño de sus actos y puede autodeterminarse conscientemente sin sujeción a ninguna fuerza o coacción psicofísica interior o exterior.” (Ossorio, 2010, p. 553)

Conviene resaltar que el maestro Vial del Río (2003) considera que la libertad hace que el hombre pueda vincularse con sus semejantes a tal grado que puede crear relaciones jurídicas (a lo que se llamamos ‘obligarse a’) asumiendo todas las consecuencias de sus acciones ya sea ventajas o sufrir daños. No está demás a este punto resaltar que el nacimiento de estos actos jurídicos es idóneo para “... ‘estrechar los lazos familiares que dan sentido a la vida’ o para ‘intercambiar bienes o servicios que permitan facilitar su existencia’...” (p. 55)

La autonomía de la voluntad es aquel principio por el cual el legislador otorga el poder de libre albedrío a las personas para crear relaciones jurídicas patrimoniales asumiendo las consecuencias positivas y negativas²⁴ que se obtenga.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 02175-2011-PA/TC, en el fundamento 7 se ha determinado el contenido de este principio:

Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]. Desde esta perspectiva, según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho

²⁴ El regular las personas sus actos jurídicos estos deben saber que están “... actuando según su propio juicio y responsabilizándose por las consecuencias de su comportamiento, sean éstas ventajosas u onerosas.” (Vial del Río, 2003, p. 58)

vínculo –fruto de la concertación de voluntades – debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público. (STC 7339-2006-PA/TC, fundamento 47)

El principio de autonomía de la voluntad según la sentencia anteriormente referida cuenta con un doble contenido:

- a) Libertad de contratar, la persona es libre de decidir “cómo, cuándo y con quién contratar”.
- b) Libertad contractual, es la facultad de las partes para determinar el contenido del contrato.

Finalmente, es bueno aclarar que esta libertad que tiene las personas cuenta con límites que el legislador ha señalado²⁵:

La autonomía privada las personas tienen la libertad de celebrar o no un acto jurídico, de escoger la persona con quién celebrarlo, de determinar su contenido, o de regularlo, modificarlos o extinguirlo. Pero esta autonomía de la voluntad privada no es omnisciente, sino que está limitada por las normas imperativas, el orden público, las buenas costumbres (art. V del T.P.), el abuso del derecho (art. II del P.T.), los principios de corrección, buena fe y confianza, la no injerencia en la esfera jurídica de terceros, el interés social, etc. (Torres Vásquez, 2008, p. 142)

²⁵ Como límite a la manifestación de voluntad podemos encontrar la formalidad en la expresión tal como lo ha determinado el art 141-A del C.C.:

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

Si bien es cierto lo que señala el doctor Aníbal Torres es correcto, pero a mi criterio creo que la facultad o poder²⁶ que da el legislador a las personas de regular sus propios intereses se ampara en lo prescrito por el literal a del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución el cual prescribe “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”, no obstante los límites a este principio serían tres: a) las normas imperativas, b) el orden público²⁷ y c) las buenas costumbres.²⁸

2.3.3. Formas de manifestación

La manifestación de voluntad como uno de los requisitos o elementos esenciales del acto jurídico cuenta con formas para exteriorizarse tal cual lo ha prescrito el Código Civil en su art 141, que a continuación daremos a conocer.

A. Manifestación expresa

El art 141 del C.C. ha determinado los siguiente respecto al a manifestación de voluntad expresa:

Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

²⁶ Esta facultad “... hace al hombre ‘arbitrio de sí mismo y de los suyo, de forma que puede hacer todo lo que no esté prohibido’ (...) además de ser soberana en el ámbito de las relaciones humanas, lo es también con respecto al ordenamiento jurídico.” (Vial del Rio, 2003, p. 56 - 57)

²⁷ Como aquel “...conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario.” (Rubio Correa, 2008, p. 94)

²⁸ Debe entenderse como buenas costumbres aquella conciencia social espacial y temporalmente ubicada. (Rubio Correa, 2008, p. 107).

Claro que esto lo explica todo, lo que pueda decir es que sobre la manifestación expresa viene siendo más un mecanismo o canal por el cual el individuo dará a conocer su deseo o querer interno, ya sea oral o escrito o bien por otro medio.

Court Murasso (2009) nos señala que la voluntad se manifestaba de manera “formal y explícita, verbalmente o por escrito”. (p. 24)

En cambio, Betti consideraba que la manifestación declarada “... está destinada a ser conocida por personas distintas del declarante, de lo que fluye que no es posible concebir una declaración sin un destinatario que, tarde o temprano, se entere de su contenido.” (Vial del Rio, 2003, p. 48)

Por su parte el doctor Aníbal Torres (2008) refiere que:

La manifestación expresa (denominada también positiva o directa o inmediata) está orientada, de forma directa e inmediata, a hacer conocer la voluntad interna (el designio negocial), siendo intrascendente el mecanismo o vehículo de exteriorización: por medio de la palabra oral o escrita, o a través de cualquier medio directo, manual (signos inequívocos, gestos indicativos, lenguaje mímico), mecánico (v.gr., usando una máquina de escribir), electrónico, informático o telefónico. (Torres Vásquez, 2008, p. 148)

Para concluir debo ser puntual diciendo que esta manera de manifestación de voluntad tiene la característica de ser directa, inmediata y clara, cuya finalidad es facilitar el conocimiento del deseo interno del individuo.

B. Manifestación tácita

Para finalizar tenemos a la manifestación tácita que también se encuentra descrita por el art 141 del C.C. el cual prescribe:

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Entiéndase como una inferencia que no se puede poner duda de las acciones y que dan a conocer lo que internamente está deseando el sujeto.

La doctrina ha considerado a esta forma de manifestación como implícita o declaración indirecta, de las cuales la conducta del sujeto puede ser positivas (acciones) o negativas (omisiones) expresando así la voluntad interna en el ámbito negocial o de cualquier otra relación jurídica que quiera realizar el sujeto, asimismo dichas acciones u omisiones no debe dar lugar a dudas. (Torres Vásquez, 2008, p. 156)

Es de resaltar un punto importante que nos da a conocer el maestro Vial del Río (2003) sobre esta forma de manifestación que sea da:

A través de un comportamiento que, a diferencia de la declaración, no va dirigido a un destinatario. Existe, simplemente, una conducta de la cual, a través de un proceso de deducción lógica, se hace posible extraer una conclusión inequívoca, y desprender una manifestación de voluntad implícita o indirecta. (p. 49)

Lo que podemos concluir diciendo para identificar las acciones u omisiones al declarar el querer interno solo es necesario aplicar la lógica común y que esta no quepa duda alguna de lo que quiera expresar con su conducta.

Los contratos de maternidad subrogada, como cualquier otro negocio jurídico deben contar con la declaración de voluntad de las partes, sin embargo, este contrato atípico no se encuentre regulado en nuestra legislación, y al existir tal vacío se ha generado que las partes intervinientes busquen exteriorizar su anhelo de ser padres por un lado y del otro contribuir con tales anhelos, en un contrato que manifiesta este anhelo pero que ha salvaguardado el interés superior del menor, sin embargo la filiación del menor que nace bajo las TRA, se ha dado fundamentándose en diferentes criterios y en cada caso se ha podido evidenciar la manifestación de voluntad de diferentes maneras.

2.4. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El interés superior del niño en adelante ISN se encuentra prescrito por el art IX del Título Preliminar de la Ley N° 27337 – Código de los niños y adolescentes:

Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente

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.

Para entender mejor de que trata este principio paso a continuación a definirlo.

2.4.1. Definición

El interés superior del niño como aquel principio que obliga a los órganos jurisdiccionales a aplicar, flexibilizar e interpretar cualquier norma en casos que se vean involucrado los derechos del niño (entiéndase que la palabra niño incluye a adolescente).

Por su lado la doctrina tiene un sinnúmero de definiciones, las cuales he recogido las más resaltante:

Plácido Vilcachagua (2015) considera que “‘interés superior del niño’ es un instrumento jurídico que tiende a asegurar el bienestar del niño en todos los aspectos de su vida.” (p. 154)

Mientras para Bogarín Alfonso (2009) señala que es un principio de interpretación y aplicación de la ley, siendo obligatorio cumplimiento para la familia, la sociedad y el Estado en todas aquellas decisiones en los que estén involucrados menores, como se ve esto se trata de asegurar y proteger los derechos de los niños. (p. 45)

Miguel Gillero Bruñol alude que este principio solo trata de la satisfacción de los derechos fundamentales de los niños. (Garcete, 2009, p. 81)

Otra definición se enlaza a los conflictos que puede estar involucrado un menor y que este debe ser resuelto de acuerdo a su bienestar, tal como manifiesta Chávez y Chevarría:

Asegurar el bienestar del menor de edad implica buscar lo que más le convenga para la realización de sus derechos, priorizando siempre su atención cuando se analiza un caso en el que encuentre involucrado y considerar su situación concreta. (Chávez Granda & Chevarría Pineda, 2019, p. 149)

De las opiniones puedo inferir que este principio trata de asegurar un bienestar pleno del menor en todos los aspectos de su vida tanto materiales como espirituales lo que va a satisfacer los derechos fundamentales de este, es así que configura una obligación para su familia, la sociedad y el Estado en proteger y decidir prioritariamente a favor del niño.

2.4.2. Características

Zapata López y Cuarezma Terán han formulado características del principio interés superior del niño analizando el inc. 1 del art 3 del Convenio sobre los Derechos del Niño, que prescribe:

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.

A lo que el autor anteriormente referido ha desprendido las siguientes características:

- a) Es una garantía, que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- b) Es de una gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a instituciones públicas y privadas, a las madres y padres;
- c) Es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos;
- d) Es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños, niñas, adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática. (Zapata López & Cuarezma Terán, 2004, p. 74)

2.4.3. Funcionalidad

Según Plácido Vilcachagua (2015) refiere que la Convención sobre Derechos del Niños ha definido el principio interés superior del niño y del cual se ha desprendido dos funciones clásicas que él ha designado como criterio de control y criterio de Solución.

- a) Criterio de control; se da cuando el interés superior del niño va a servir para velar que el ejercicio de derechos y obligaciones se cumplan, es decir esta función es protectora.
- b) Criterio de solución; en caso de que se necesite la toma de decisiones respecto del niño, el principio interés superior del niño ayudará en elegir la mejor solución.

A continuación, desarrollaré los siguientes puntos que a mi parecer son las que actualmente considera la doctrina.

A. Principio jurídico garantista

El interés superior del niño como aquel principio que va a garantizar el desarrollo del niño en todos los aspectos de su vida, siendo esto así que no puede ser limitada a solo una directriz. (Bermúdez Tapia, 2019, p. 22)

Por otro lado, el maestro Plácido Vilcachagua (2015) considera que el ISN es un principio jurídico garantista y que es un deber y obligación de todas las autoridades públicas asegurar el cumplimiento de los derechos sustantivos del niño. (p. 193 - 194)

No obstante, debo resaltar un dato importante que nos señala el autor anteriormente citado el cual copio textualmente:

El interés superior del niño se constituye en un mandato dirigido al Estado para privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas, en las que el Estado deba restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. (Plácido Vilcachagua, 2015, p. 194)

Finalmente resalto lo dicho por Plácido, que considera que en situaciones conflictivas de los cuales se tenga de por medio un menor y que en aras del ISN el Estado debe privilegiar los derechos del niño hasta el punto de restringir o limitar los derechos de terceros.

B. Pauta interpretativa

Plácido Vilcachagua (2015) señala que la función del ISN como pauta interpretativa permite solucionar conflictos entre derechos a tal punto que las normas internacionales consideran que debe entenderse los derechos del niño como superiores ante cualquier otro derecho. (p. 199)

Como sabemos que los derechos del niño gracias al ISN hacen que estos sean flexibles y aplicables en beneficio de este, dando lugar que la interpretación siempre sea a su favor, pero creo también que debe haber un modo de cómo resolver un conflicto que involucre a menores y que no solo sea un análisis interpretativo del derecho sino una evaluación psicosomática.

Por la razón expuesta anteriormente cito a Bermúdez Tapia (2019) que ha determinado, que en procesos judiciales en los que se tenga derechos de menores se realice el test de protección de derecho en base a los siguientes aspectos:

- a) Una directriz de preferencia de interpretaciones normativas. Así, el magistrado (juez o fiscal) deberá optar por hacer prevalecer la norma más favorable al menor con independencia de su nivel jurídicos (Segües, 2002:36).
- b) El resultado de la evaluación psicológica del menor y progenitores a efectos de determinar el derecho del menor de convivir con el 'mejor progenitor'. (p. 22)

El principio del interés superior del niño debe ser tomado en cuenta para solucionar los conflictos filiales causados por las TERA, a fin de salvaguardar los derechos e intereses del menor.

2.5. DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad se encuentra reconocido por normas nacionales e internacionales, por consiguiente, la Constitución lo ha reconocido como un derecho fundamental en su inc. 1 del art. 2:

Toda persona tiene derecho:
1. A la vida, a su identidad

Como podemos apreciar cuán importante es este derecho, que el legislador lo ha tenido que reconocerlo como un derecho fundamental, dado que es necesario que los miembros de la sociedad cuenten con una personalidad jurídica a fin de identificarlos.

2.5.1. Definición de identidad

La Real Academia Española determina que la identidad viene hacer el “Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás.”. (Real Academia Española, 2019)

También podemos decir que es “Conjunto de circunstancias que determinan quién y qué es una persona” (Gispert, 1997, p. 840)

Ahora bien, los conceptos anteriormente dados son aquellos dados por un diccionario que es de alcance para todas las personas, pero hace necesario que la doctrina nos pueda dar un alcance más preciso por lo que líneas a bajo daré a conocer sus opiniones.

El gran maestro Fernández Sessarego (2015) considera:

La identidad del ser humano, en tanto este constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea esta cultural, ideológica, religiosa o política. (Fernández Sessarego, 2015, p. 42)

Para Bernales Ballesteros que es citado por Rosas Alcántara (2015) refiere que “La identidad es, así, un fenómeno complejo que comprende diversos elementos de identificación, todos importante para el desenvolvimiento individual y de la vida en sociedad de la persona. (...)” (p. 323)

2.5.2. Definición del derecho a la identidad

Ahora bien, en este punto definiré a la identidad como derecho en tal sentido cito a los siguientes autores:

Hawie Lora (2015) considera que “... el derecho a la identidad como uno de los derechos fundamentales para la convivencia ente las personas y el desarrollo individual de esta misma.” (p. 78)

O también se puede considerar a este derecho como:

La autoconciencia que el individuo tiene de sí mismo como un ser único, irrepetible y distinto de los demás. Lo que cada persona es en esencia al margen de su pertenencia a la especie humana. En su relación con los otros, la persona aspira a que lo reconozcan, lo identifiquen y lo respeten conforme a sus intrínseca y originaria manera de ser. (Mesía Ramírez, 2018, p. 125)

El doctor García Toma (2013) menciona que:

Existe en la persona humana un evidente e insoslayable interés coexistencial para que se le reconozca socialmente en todo cuando ella es, que se respete su verdad personal; es decir, que no se altere o desnaturalice todos y cada uno de sus atributos y características de lo que constituye su propio perfil cultural. (p. 147)

Por último, tenemos la opinión de Fernández Sessarego (2015) que refiere “Entendemos como identidad personal el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad.” (p. 116)

Entonces se puede entender como derecho a la identidad aquel derecho fundamental que va a determinar la personalidad jurídica de la persona como un ser único, irrepetible y distinto de sus semejantes a fin que se le reconozca dentro de la sociedad con todos sus atributos y características de quién y qué es, lo cual ayudará en la convivencia entre las personas.

2.5.3. Características

García Toma (2013) por su parte manifiesta que el derecho a la identidad en cuanto a su forma de ser de la persona tiene cuatro características, las cuales son:

- a) Integridad; el derecho a la identidad cuyas consecuencias de reconocer quién y qué es una persona va alcanzar todos los aspectos y facetas de la existencia social que el individuo demuestra a la sociedad.
- b) Realidad; el derecho a la identidad en su forma de ser del hombre tiende en consecuencia haber un vínculo entre las conductas o acciones que son demostradas al público, con lo que se representa de su personalidad.
- c) Exterioridad; el derecho a la identidad en el reconocimiento de su forma de ser del hombre, la protección o garantía solo se dará cuando esta sea objetiva la representación social de la persona generada por la proyección de los comportamientos del sujeto.
- d) Mutabilidad subjetiva; el derecho a la identidad implica el reconocimiento del cambio conductual dado que ha sufrido una modificación en el mundo externo como espiritual de la persona lo que debe ser objeto de protección siempre y cuando se haya notado en la sociedad. (p. 150 - 151)

2.5.4. Dimensiones o elementos

La doctrina como el TC han manifestado que existe rasgos distintivos sobre la identidad siendo estas de carácter objetivo y carácter subjetivo que también son llamados dimensiones, elementos del derecho a la identidad, es así que cito textualmente a la sentencia del TC recaída en el Exp N° 02273-2005-PHC/TC, f.j. 21, conocido como caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas, en el que se ha determinado:

El TC ha definido que el derecho a la identidad supone el derecho de toda persona a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.) (Eto Cruz, 2015, p. 129)

A. Estático

La dimensión estática o carácter objetivo del derecho a la identidad, el maestro Fernández Sessarego (2015) señala:

Son los primeros elementos personales que se hacen visibles en el mundo exterior. A través de ellos se tiene una primera e inmediata visión del sujeto. Entre esos cabe señalar a los signos distintivos, como podrían ser el nombre, el seudónimo, la imagen y otras características físicas que diferencian a una determinada persona de las demás. (p. 116)

Como está referida en la propia palabra “estática”, debe entenderse que hay aspectos de la personalidad del hombre que permanece inamovibles y que no puede surgir ninguna variante o modificación, dado que este aspecto hace a un hombre ser único, diferente e identificable para la sociedad.

B. Dinámico

La dimensión dinamiza o carácter subjetivo del derecho a la identidad está constituido por:

El patrimonio ideológico – cultural de la personalidad. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad. Es el conjunto de atributos vinculados con la posesión profesional, religiosa, éticas, política y con los rasgos psicológicos de cada sujeto. (Fernández Sessarego, 2015, p. 117)

En este aspecto del derecho a la identidad puede aceptar modificaciones y cambios los cuales surge en el transcurrir del tiempo y de acuerdo a los

contextos que la persona vive y experimenta en el desarrollo de su vida, a razón de esto es que puedo decir que esta dimensión tiene una característica de flexibilidad que permite a la persona variar su personalidad de acuerdo a sus valores, principios y vivencias los que están relacionados más con el campo espiritual de la persona.

Los problemas filiales causados por las TERA vienen causando una gran incertidumbre sobre la personalidad jurídica del menor afectándose así el derecho a la identidad, razón por el cual los jueces deben resolver lo más pronto posible estos conflictos con el objetivo de que se conozca a los padres y responsables del cuidado del niño.

2.6. DERECHO AL ENTORNO FAMILIAR

Antes de dar una definición para entender el derecho al entorno familiar es necesario primero definir que es entorno y familia, a lo que se tiene:

Que entorno viene hacer:

- a) “Ambiente, lo que rodea a alguien o algo.” (Gispert, 1997, p. 592),
- b) “Ambiente, lo que rodea.” (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2004, p. 333)

Por otro lado, tenemos que familia es entendida como:

1.f. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas. 2. f. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. 3. f. Hijos o descendencia. Está casado, pero no tiene familia. 4. f. Conjunto de personas que comparten algunas condición, opinión o tendencia. Toda la familia universitaria está de enhorabuena. 5. f. Conjunto de objetos que presentan características comunes que lo diferencian de otros. La familia de los instrumentos de cuerda. 6. f. cuerpo de una orden o de una comunidad religiosa. La familia carmelita. 7. f. coloq. Grupo de personas relacionadas por amistad o trato. 8. f. Biol. Taxón constituido por varios géneros naturales que poseen gran número de caracteres comunes. La familia de las rosáceas. 9. f. chile. Enjambre de abejas. 10. f. p.us. conjuntos de criados de alguien, aunque no vivan dentro de su casa. (Real Academia Española, 2019)

O bien, como “... el grupo social básico, creado por los vínculos del matrimonio o parentesco que se encuentra presente en todas las sociedades y es considerada por muchos como base y célula de la sociedad.” (Rosas Alcántara, 2015, p. 293)

Para Rosental (2005) refiere:

Célula de la sociedad y forma principal de la organización de la vida personal, basada en la unión matrimonial y en el vínculo de parentesco, es decir, en las relaciones entre marido y mujer, entre padres e hijos, hermanos, hermanas y otros familiares que viven juntos y mantienen una economía común. (p. 223)

De las definiciones anteriormente realizadas puedo definir que el derecho al entorno familiar viene hacer aquel derecho del menor a vivir con un grupo de personas que lo rodean y que él identifica como familia (papá, mamá, hermanos, primos, tíos, abuelos, etc.), los cuales pueden tener un vínculo biológico, legal o social y además le brindan el cuidado necesario para su pleno desenvolvimiento en la sociedad.

En los aportes de la doctrina no he podido encontrar que traten este derecho, sin embargo, existe algunos alcances similares de los cuales paso a presentar:

La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones: “El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención. Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de

protección del niño. ‘Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso. Así, antes de recurrir a la separación, se debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restablecer o aumentar la capacidad de la familia de cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. (Plácido Vilcachagua, 2015, p. 168)

Asimismo, tenemos que en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 01817-2009-PHC/TC, en el párrafo tercero del fundamento 14 y fundamento 15 sobre “El derecho a tener una familia y no ser separado de ella”, el máximo intérprete de la constitución ha determinado:

A consideración de este Tribunal, el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella es un derecho fundamental implícito que encuentra sustento en el principio-derecho de dignidad de la persona humana y en los derechos a la vida, a la identidad, a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y al bienestar reconocidos en los artículos 1 ° Y 2°, inciso 1) de la Constitución.

En buena cuenta, el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños.

De ahí que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia y una manifestación del derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, que aun cuando los padres estén separados de sus hijos impone que la convivencia familiar deba estar garantizada, salvo que no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar.

En este orden de ideas, resulta válido concluir que la familia debe ser la primera en proporcionar la mejor protección a los niños contra el abuso, el descuido y la explotación, así como en adoptar y ejecutar directamente medidas dirigidas a favorecer, de la manera más amplia, desarrollo y bienestar del niño. Por ello, cualquier decisión familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño. Y es que la autoridad que se le reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera generar un daño para su bienestar, desarrollo, estabilidad, integridad y salud.

Por su parte Villagra de Biedermann (2009) en cuanto al separación del niño de su familia debe ser necesario siempre y cuando sea para “el interés superior del niño”, por lo que el autor señala que “Los niños no pueden elegir quién los cuide, pero dependen tanto de su familia, como de la comunidad y del Estado para que éstos tomen la decisión por ellos.” (p. 210)

Para concluir, el derecho al entorno familiar procura que los miembros de la familia no sean separados dado que han entablado un vínculo sentimental único, sin embargo, con los problemas de la filiación de los niños nacidos bajo las TERA pone en incertidumbre el estado del menor.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

En esta parte del trabajo de investigación procederé con el análisis de todas las sentencias emitidas por los diferentes órganos jurisdiccionales del Perú sobre las técnicas de reproducción asistida, que a pesar de ser procesos de diferente naturaleza procesal, han buscado dar solución a la filiación del recién nacido bajo TERA; es por ello que el análisis se enfocará en identificar: a) la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, b) la aplicabilidad del interés superior del niño, c) la prevalencia al derecho de la identidad socio afectiva, y, d) el predominio del derecho al entorno familiar del menor; en la determinación de la filiación de los menores nacido bajo las TERA.

Con la guía de análisis elaborada, con la que se analiza las sentencias de los órganos de justicia del Perú (véase anexo N° 2), se tiene el siguiente resultado:

Cuadro n° 03

Criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia y la Corte Suprema de la República del Perú

			RESULTADO					
			TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA					
			CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ		CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ			
			EXP. N° 183515-2006- Lima	EXP. N° 06374-2016 - Lima	CAS. N° 5003-2007 - Lima	EXP. N° 2141-2009 - Lima	CAS. N° 4323-2010 - Lima	CAS. N° 563-2011 - Lima
			INDICADORES					
CRITERIOS ADOPTADOS PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TRA	Manifestación de la voluntad de las partes intervinientes	Contratos de maternidad subrogada	X	X		X	X	X
	Aplicabilidad del interés superior del niño	Principio del interés superior del niño		X			X	X
		No vulnerar los derechos fundamentales del niño			X			
	Prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva	Derecho a fundar una familia						X
	Predominio del derecho al entorno familiar del menor			X				X
Otros	Prueba biológica de ADN	X	X					

Fuente: Elaboración propia de la autora

Como podemos observar, se tiene como resultado de la investigación que los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida fueron la manifestación de voluntad de las partes intervinientes, aplicación del interés superior del niño, prevalencia al derecho a la identidad socioafectiva y predominio del derecho al entorno familiar del menor.

Ahora bien, evidenciamos que el criterio de manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, se ve plasmado en un contrato de maternidad subrogada (sea verbal o

escrito), así como otros medios probatorios y los hechos mismos han creado la convicción de la existencia de dicha manifestación. Este criterio ha sido valorado en 05 sentencias.

El criterio de aplicabilidad del interés superior del niño, está conformada por los indicadores del principio del interés superior del niño que ha sido tomada en cuenta por los magistrados en 03 sentencias y la no vulneración de los derechos del niño se ha valorado en 01 sentencia, inclinándose a la pareja que ha tenido la intención de la procreación y que ha estado en el cuidado del menor.

Por último, los criterios de prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva han sido tomada en cuenta en 01 sentencia y predominio del derecho al entorno familiar del niño ha sido tomada en cuenta en 02 sentencias, ambas tienen como indicador al derecho a fundar una familia.

En esa idea, apreciamos que los criterios de manifestación de voluntad de las partes intervinientes, aplicación del interés superior del niño, prevalencia al derecho a la identidad socioafectiva y predominio del derecho al entorno familiar del menor, han sido utilizados por los jueces en las 6 sentencias, esto en cada circunstancia como se presenta los hechos para el empleo correspondiente de los criterios señalados a fin de dar solución a una incertidumbre jurídica. Cabe concluir que, queda establecido que los jueces vienen utilizando estos criterios para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, por lo tanto, la hipótesis es contrastada, detallándose en la información siguiente.

3.1.1. Identificación de los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el análisis de las sentencias emitidas por las Cortes Superiores de Justicia del Perú

A. Expediente N° 183515-2006-00113 - Lima

Partes del proceso

- a) Demandante: Carla Monique See Aurish
- b) Demandado: Jenny Lucero Aurish de la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber

Personas que intervienen en TERA

- a) Menor: Daniela Mendoza Aurish
- b) Madre biológica: Carla Monique See Aurish
- c) Padre biológico: Luis Eduardo Mendoza Barber
- d) Madre subrogada, abuela biológica: Jenny Lucero Aurish de la Oliva
- e) TRAS: Fecundación in vitro
- f) Causas que llevan a utilizar las TERA: insuficiencia renal de la madre

Petitorio

Carla Monique See Aurish solicita se le reconozca el derecho de madre respecto a la menor Daniela Mendoza Aurish, ya que ella aportó el óvulo

genético que junto al espermatozoide de su cónyuge lograron procrear a la menor.

Materia del proceso

Impugnación de maternidad

Hechos

Carla See y Luis Mendoza (pareja tratante), no tenían hijos a causa que la esposa tenía problemas renales que al quedar embarazada peligraba su vida; posteriormente, asisten a la Clínica Miraflores, el médico les sugiere como única alternativa realizar la TERA de fecundación in vitro empleando la maternidad subrogada.

Con la colaboración de Jenny Aurish de 54 años (madre subrogante - gestante), que además es la madre de Carla See; se realizó el procedimiento implantándose 3 embriones, con fecha 6 de mayo de 2005, Jenny da a luz a la niña Daniela, quien nace a los 7 meses debido que a la madre gestante presentó problemas de hipertensión arterial debido a su edad avanzada.

Con el nacimiento de la menor en la clínica tratante se presentó el problema en la inscripción de la partida de nacimiento, consignándose como madre a Jenny y como padre a Luis.

Por lo que, Carla See inicia un proceso judicial de impugnación de maternidad contra Jenny y Luis, a fin de que se cambie los datos de la madre en la partida de nacimiento de la menor Daniela, siendo así que en el proceso el fiscal recomienda la prueba del ADN que determinó como madre biológica a Carla See.

Por último, la Juez decide declarar fundada la demanda de impugnación de maternidad declarando que Carla See es madre de la niña Daniela Mendoza Aurich, y, de oficio otorga el plazo de 2 años para que la pareja hagan efectivo el derecho a la vida de los 3 embriones congelados en la clínica Miraflores.

Fundamentos de la sentencia

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 cuál 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 albergó en su vientre durante todo 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 “madre gestante” recaiga sobre la misma persona. ...”; A que sin embargo, ¿Cómo

se determina la filiación si las condiciones de “madre genética” y “madre gestante” recaigan sobre diferentes personas?, situación fáctica que no está prohibido legalmente, pero tampoco no está 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 está 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 de doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, “madre solo hay una” la misma que se determina por la “filiación 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 la yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de esta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395° del Código Civil.

Análisis

La finalidad del presente proceso es la impugnación de maternidad respecto de la señora Jenni Lucero Aurich de la menor Daniela Mendoza, para que la demandante, Carla Monic See Aurish sea consignada como madre de la menor; sin embargo, la institución jurídica de impugnación de maternidad acepta solo dos supuestos para tal impugnación, parto supuesto o suplantación de hijo, situación que no se presenta. Asimismo,

el artículo 409 de nuestro código civil establece que la maternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho de parto y la identidad del hijo; hechos que tampoco se ven subsumidos en tal artículo. Y que el magistrado también evidencia, por lo tanto, acude al artículo 139 inciso 8 de nuestra carta magna, que señala “El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicarse los principios generales de derecho y el derecho consuetudinario” logrando pronunciarse del fondo del proceso. Sumado a lo antes dicho también considera la aplicación del ISN y el respecto a sus derechos, teniendo en consideración la Convención sobre los derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas a la cual nuestro país se encuentra suscrito. Tal argumentación respalda mi realidad problemática del presente trabajo de investigación, ya que evidencia que existe un vacío legal respecto a esta materia, y que los avances tecnológicos y científicos cada día superan nuestra normatividad jurídica y exigen que nuestros operadores jurídicos en base a los principios del derecho y nuestro derecho consuetudinario puedan generar soluciones justas, acorde a derecho, pero siempre teniendo como prioridad al recién nacido.

En el considerando noveno se precisa la historia clínica del proceso de fecundación, embarazo y parto de la menor emitida por la clínica Miraflores, en la cual se confirma que la demandante es la madre de la menor y que la señora Yenni Lucero es la abuela de la menor y presta el

vientre para poder concebir a la menor, ya que su hija por motivos de salud no podría llevar a cabo la gestación.

A razón de todo lo detallado líneas arriba es que el Juez sustenta su decisión en tres puntos:

Primero, el resultado de la prueba de ADN que determino que la demandante era la madre biológica de la menor, como observamos estaría haciendo uso del principio unidad de la filiación²⁹, para determinar quién es la madre de la menor.

Segundo, en la declaración de la madre subrogante que ha llevado la gestación de manera altruista y por amor a su hija (Carla See – madre biológica - demandante), por lo cual la magistrada ha utilizado el criterio de la manifestación de la voluntad de la mujer subrogante.

Por último, tercero, la aplicación del literal a) inciso 24 del art 2 de la Constitución que prescribe “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”, respecto del art 7 de la Ley 26842, la cual no determina la filiación al existir madre gestante y una madre biológica recaída en diferentes personas, dando paso a la realización de la maternidad subrogada.

²⁹ Guzmán Zapater que es citado Varsí (1999) refiere que el principio unidad de la filiación trata que el niño conozca su origen biológico al establecerse la paternidad o maternidad por medio de pruebas biológicas “ADN” dado que son exactas ante cualquier presupuesto legal o la posición que tenga el Estado. (ps. 231 - 232)

Situaciones fácticas que no se encuentran reguladas por nuestro ordenamiento jurídico

El juez da un plazo de dos años para que los embriones vivos congelados puedan mediante las TERA hacer efectivo el Derecho a la Vida, vencido dicho plazo se cursará oficios al Juzgado de Familia Tutelar respectivo o al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, para que inicie el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos. Asimismo, dispone que la Defensoría del Pueblo, en su calidad de “amicus curiae” (amigos de la corte) y encargado de la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana, supervise el cumplimiento y ejecución de la presente sentencia.

B. Expediente N° 06374-2016-01801-JR-CI-05 – Lima

Partes del proceso

- a) Demandante: Francisco David Nieves Reyes, Aurora Nancy Ballesteros Verau (pareja tratante) y Fausto César Lázaro Salicio, Evelyn Betzabé Rojas Urco (pareja subrogante)
- b) Demandado: RENIEC

Personas que intervienen en TERA

- a) Menores: L.N.N.R. y C.D.N.R.

- b) Pareja recurre TERA: Nieves – Ballesteros
- c) Madre social: Aurora Ballesteros
- d) Padre biológico: Francisco Nieves
- e) Óvulo: donante anónima.
- f) Pareja de vientre de alquiler: Lázaro – Rojas.
- g) Madre vientre de alquiler: Evelyn Betzabe Rojas Urco
- h) Esposo de mujer vientre de alquiler: Fausto César Lázaro Salecio.
- i) TERA: fecundación in vitro, técnica del útero subrogado.

Petitorio

Que se declare formalmente, en las actas de nacimiento, que el señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores y que la señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre.

Materia del proceso

Proceso de Amparo.

Hechos

Aurora Ballesteros (madre social) y Francisco Nieves (padre biológico) “pareja tratante” habían contraído matrimonio; no obstante, no lograban tener hijos a lo que recurren por 3 años a diferentes clínicas y el único

resultado que tenían era que los óvulos de Aurora no llegan a la maduración necesaria para producir el embarazo.

Por lo que, optan en someterse al uso de las TERA. En el 2010, y sin resultados favorables la pareja decide recurrir a la ovodonación (óvulo donado), gameto que sería implantado en el útero de Aurora, pero no tuvo éxito, deviniendo en aborto.

El 2012, a esta pareja los médicos le confirman que la única opción es recurrir a la maternidad subrogada; siendo así que encuentran ayuda en los señores Evelyn Rojas (madre gestante) y Fausto Lázaro “pareja subrogante”, con quienes celebran un contrato denominado “Acuerdo Privado de Útero Subrogado”.

Realizaron el procedimiento con óvulos donados (material genético de una tercera persona), y con fecha 19 de noviembre de 2015 Evelyn da a luz a dos niños; sin embargo, en la inscripción del Certificado de Nacido Vivo por el médico y a pesar de que ella señaló que no era la madre, se consigna como tal y como padre de las menores a Francisco. Posteriormente a este hecho Aurora y Francisco solicitaron rectificación de las partidas ante RENIEC, siendo declarado improcedente. Llevado el caso a un proceso judicial esta vez en forma conjunta con Evelyn y Fausto contra RENIEC, el Juzgado declara fundada la demanda y ordena a RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento de los menores.

Fundamentos de la sentencia

Considerando Décimo: 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 TERA también constituye un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, es decir, si bien las TERA 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.

Considerando Décimo 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.

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

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

“... es el conjunto de circunstancias que establecen las adecuadas condiciones de vida del niño y que, en casos concretos, permiten determinar la mejor opción para la debida protección de sus derechos fundamentales, preservando su personalidad, de prevalencia de lo espiritual sobre lo material (una vez asegurados ciertos mínimos) y de lo futuro sobre lo inmediato (sin descuidar un mínimo de equilibrio afectivo), atendiendo en lo posible a sus gustos, sentimientos y preferencias, etc., que también influyen en los medios elegibles” De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o dudas sobre la posición que ocupan la Sra. Ballesteros y su esposo frente a los menores, por lo que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos al que nos referimos antes.

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

Análisis

El presente caso, es un proceso constitucional de amparo, el cual 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 el hábeas data, teniendo como finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación.

Tal como afirma el doctor Gerardo Eto Cruz:

El amparo es un proceso constitucional destinado a afirmar la tutela, no solo de derechos constitucionales o fundamentales; sino, de otros derechos que sustantivamente están en la Constitución; como principios y valores superiores que están en forma expresa o tácita en la Constitución; otros derechos fundamentales que no están reconocidos por la Constitución pero que pueden por la pluma jurisprudencial de la heurística creativa e inventiva de los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales, ir reconociéndose como tales, a partir de una bóveda en clave hermenéutica: la cláusula implícita de los Derechos Fundamentales. (2015, p. 127)

Es por ello, que el presente caso fue analizado, y que, al momento de diluir las excepciones deducidas, respecto al agotamiento de la vía previa; indica que existen dos motivos excepcionales para no exigir a los actores agotar la vía administrativa. Siendo el primero, el agravio irreparable que se causaría si se agota la vía administrativa, pues se atentaría contra los alegados 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. Por otro lado, el juzgado reconoce que es deficiente y casi inexistente una regulación jurídica respecto a la reproducción asistida; por tales razones es que desestima las excepciones deducidas. Estando de acuerdo con la decisión tomada, ya que el fondo de la controversia no puede verse afectado por mecanismos que, en el caso concreto, solo buscan dilatar el proceso, y que tal controversia se generó por la escasa normatividad que existe respecto al tema.

Así mismo, el magistrado analiza nuestra escasa regulación jurídica respecto al derecho fundamental a la salud reproductiva, teniendo como eje principal el artículo 7 de nuestra carta magna la cual prescribe: “ Todos tienen derecho a la protección de su salud” y que se complementa

con lo desarrollado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que señala que el disfrute al 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 también abarca a la atención de la salud sexual y reproductiva, la cual es indivisible e interdependientes respecto de otros derechos humanos. Íntimamente relacionados a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos al a vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la privacidad y el respeto por la vida familiar, y la no discriminación y la igualdad.

Por tanto, al amparo del sistema convencional que está vinculado nuestro país, queda claramente justificado el proceder de la señora Aurora Nancy Ballesteros Vereau, quién junto con su esposo decidieron someterse a las TERA. Y a pesar de que solo existe un artículo que regula dichas técnicas, el magistrado interpreto correctamente que no se puede “presumir” limitaciones de derecho, por tanto, consideró que tal situación es legítima. Conjuntamente a ello, se respaldó en la Casación N° 563-2011- Lima, la cual reconoció la validez del acuerdo de maternidad subrogada y exigió su cumplimiento; asimismo afirma que las TERA constituyen un mecanismo que coadyuve al ejercicio del derecho a la formación de una familia, y que en el caso concreto la familia Nieves- Ballesteros tiene todo el derecho de ejercer los derechos antes descritos, ya que caso contrario el prohibirles o limitarlos atentaría

contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad y se frustraría el desarrollo de su proyecto de vida familiar como consecuencia de su elección reproductiva.

Por tales razones, el magistrado ha utilizado el criterio de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes al considerar que la celebración de los contratos de útero subrogado viene hacer válidos siempre y cuando se utilice con fines de formar una familia, por lo que significa que se tendría que respetar el acuerdo que han hecho las partes intervinientes en los procedimientos de las TERA (pareja tratante y pareja subrogante) en uso del principio de autonomía de la libertad.

Se ha empleado el criterio de predominio del derecho al entorno familiar del menor de manera indirecta al citar a la Observación General N° 19 de 1990, manifestado el juez que las personas tiene el derecho a fundar una familia esto implicando dos cosas: i) la posibilidad de procrear, y, ii) el de vivir juntos. A razón del segundo puedo afirmar que esta facultad permite al niño a vivir con las personas que conoce como padres al existir un vínculo afectivo con el menor desde el momento que la pareja tratante asume el cuidado de estos, demostrado en toda la sentencia en análisis, ya que se evidencia que la señora Ballesteros siempre tuvo el anhelo de ser madre, y que junto con su pareja buscaron alternativas para ver concretizado sus sueños, además ella ha estado al cuidado de los menores desde su nacimiento, fortaleciendo el vínculo de madre e hijos.

El juez ha considerado aplicar el interés superior del niño, citando a Alex Plácido para dar una definición y mediante esto concluye señalando que la situación familiar creada de los menores no debe ser alterada ya que no existe conflictos o dudas de la posición de padres asumido por la pareja tratante siendo esto acorde con el interés el menor. Y como apreciamos esto también estaría relacionada con el criterio del predomino del derecho al entorno familiar del menor.

Por último, el justiciable alude como un criterio la voluntad procreacional de la pareja tratante cuyo fin es tener hijos, cosa contraía como se observó de la pareja subrogante que desde un principio y en todo el proceso su voluntad era entregar los menores a la pareja tratante.

3.1.2. Identificación de los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República del Perú

A. Casación N° 5003-2007-Lima

Partes del proceso

- a) Demandante: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas
- b) Demandado: María Alicia Alfaro Dávila

Personas que intervienen en TERA

- a) Madre gestante/ social: María Alicia Alfaro Dávila
- b) madre genética; donación de óvulo anónima
- c) Padre biológico: Custodio Quispe
- d) -menor de edad TERA: Alicia Alfaro
- e) TERA: ovodonación, Inseminación artificial

Petitorio

Que Doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas solicita la impugnación de maternidad respecto de la menor Alicia Alfaro.

Materia del proceso

Casación- Impugnación de Maternidad

Hechos

La señora Mónica Oblitas en representación de su menor hijo Olsen Quispe (hermano genético de la menor Alicia Alfaro), presenta la demanda de impugnación de reconocimiento de maternidad en contra de María Alfaro (quien es la madre gestante y madre social), ella había empleado gametos de Custodio Quispe sin su consentimiento (quien es

el padre genético de Olsen Quispe y Alicia Alfaro), con el objetivo de ser inseminada artificialmente inclusive ha utilizado material genético de una tercera mediante la ovodonación (madre genética).

Siendo así que María Alfaro da a luz a la menor Alicia Alfaro. En el proceso se observa que se ha hecho pruebas de ADN de los menores razón por el cual se tiene que Custodio Quispe es el padre de ambos menores. Se declara fundado el recurso de casación a lo que la Corte Suprema considera que el menor Olsen tiene interés para obrar.

Fundamentos de la sentencia

Considerando Octavo: Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Alicia Beatriz Alfaro Dávila, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.

Análisis

Como observamos la sala ha declarado fundado el recurso casatorio señalando que es necesario un pronunciamiento de fondo sobre el reconocimiento realizado por la madre gestante y social, a razón de: a) la transgresión al art 7 de la Ley N° 26842, y, b) posible vulneración de

los derechos fundamentales de la menor; acreditando el vínculo filiatorio (ADN) como elemento suficiente, junto con la obligación de protección recíproca que existe entre hermanos para la acreditación de la legitimación del menor.

Siendo este caso complejo, ya que no solo se emplea las TERA sino que se genera una gran interrogante respecto a la menor de edad producto del uso de las técnicas; ya que la madre que gestó a la menor carece de todo vínculo genético y jurídico, pero que tenía el anhelo de ser madre; quedando la menor huérfana y solo vinculada legalmente con su padre biológico y hermano biológico, que a raíz de esta última relación la madre del hermano en representación de este quiere impugnar la maternidad. Situación que ha generado la interrogante de si es el interés del hermano el reconocimiento del menor o acaso es el interés de quién lo representa; porque no fue el padre biológico quien inicio el proceso. Interrogantes que demuestran la complejidad de las relaciones jurídicas que se van creando debido a los avances tecnológicos, y que evidencia que nuestra normatividad va quedando obsoleta a estos cambios.

De la segunda razón la sala procura la mejor decisión en protección de la menor, lo cual indirectamente estaría actuando en interés de la menor para la no vulneración de sus derechos (criterio aplicabilidad del interés superior del niño); sin embargo, a mi opinión no es la mejor opción para la menor ya que arrancarla de la familia monoparental de cual es parte, para insertarla a otra familia; generaría transgredir la identidad familiar

que ya tiene; además si lo que se desea o busca es que los menores puedan entablar una relación de hermanos lo más factible y armónico sería establecer un régimen de visitas entre ellos.

B. Consulta expediente N° 2141-2009 - Lima (proceso consultado, Exp. N° 183515-2006)

Partes del proceso

- a) Demandante: Carla Monique See Aurish
- b) Demandado: Lucero Aurish de la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber

Personas que intervienen en TERA

- a) Menor: Daniela Mendoza Aurish
- b) Madre biológica: Carla Monique See Aurish
- c) Padre biológico: Luis Eduardo Mendoza Barber
- d) Madre subrogada, abuela biológica: Jenny Lucero Aurish de la Oliva
- e) TERA: Fecundación in vitro
- f) Causas que llevan a utilizar las TERA: insuficiencia renal de la madre

Petitorio

Inaplicación de dispuesto en el artículo 395 del Código Civil y haber dispuesto de oficio la inaplicación de las restricciones dispuestas en el artículo octavo del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Materia del proceso

Impugnación de Maternidad- elevada en consulta a la Sala de Derecho Constitucional Permanente de la Corte Suprema.

Hechos

Carla See y Luis Mendoza (pareja tratante), no tenían hijos a causa que la esposa tenía problemas renales que al quedar embarazada peligraba su vida; posteriormente, asisten a la Clínica Miraflores, el médico les sugiere como única alternativa realizar la TERA de fecundación in vitro empleando la maternidad subrogada.

Con la colaboración de Jenny Aurish de 54 años (madre subrogante - gestante), que además es la madre de Clara See; se realizó el procedimiento implantándose 3 embriones, con fecha 6 de mayo de 2005, Jenny da a luz a la niña Daniela, quien nace a los 7 meses debido que a la madre gestante presentó problemas de hipertensión arterial debido a su edad avanzada.

Con el nacimiento de la menor en la clínica tratante se presentó el problema en la inscripción de la partida de nacimiento, consignándose como madre a Jenny y como padre a Luis.

Por lo que, Carla See inicia un proceso judicial de impugnación de maternidad contra Jenny y Luis, a fin de que se cambie los datos de la madre en la partida de nacimiento de la menor Daniela, siendo así que en el proceso el fiscal recomienda la prueba del ADN que determinó como madre biológica a Carla See.

La Corte Suprema, aprobó la resolución consultada, sin embargo, refiere que la decisión que se ha tomado sobre los 3 embriones crioconservados, en la sentencia emitida por el 15° Juzgado de Familia de Lima, concede un plazo de 2 años a la pareja para que haga efectivo el derecho a la vida de estos embriones, es un vicio de congruencia en el sentido de ser extrapetita al no ser materia de pretensión de la demanda.

Fundamentos de la sentencia

Décimo Tercero: Al respecto, esta Suprema Sala advierte que si bien la calidad de madre biológica o genética no podría compararse con la de la madre sustituta o de alquiler, no obstante, no se encuentra conforma con la prohibición establecida en la norma prenotada habida cuenta que en este caso en particular no se advierte que se esté afectando de modo desproporcionado el cuadro de valores reconocidos por la Constitución Política del Estado como el derecho a la dignidad e identidad del niño, valores

supremos que en efecto no se connotan transgredidos en el presente caso, pues una prohibición como la antes señalada, postraría indefinidamente la posibilidad de aquellos padres que no se encuentren en posibilidad cierta de concebir artificialmente por ellos mismos pero si de ver realizadas sus expectativas de ser padres a través de un receptor, más aun, cuando como en este caso, fue la propia madre sustituta quien de manera desprendida ha procurado ser portadora de los óvulos y los espermatozoides de su propia hija biológica y de su yerno respectivamente, sin cuestionar ni reclamar en ningún momento su estado de maternidad ni pretender sacar a su favor algún derecho respecto de esta situación, tanto más, si la conducta procesal de la demandada a lo largo del proceso ha sido en todo momento la de procurar que su hija se vea favorecida con los resultados de este proceso.

Análisis

Este proceso se eleva en consulta a su superior, indicando con ello la complejidad de la incertidumbre jurídica y el vacío legal en dicha materia; la consulta no constituye un recurso impugnatorio, sin embargo, surte efectos procesales semejantes a la apelación. Asimismo, implica re-examinar lo ya resuelto.

La Suprema Sala advierte que en el presente proceso no se está afectando de modo desproporcional el cuadro de valores reconocido en nuestra Constitución como el derecho a la dignidad e identidad del niño, además destaca la actuación de la madre sustituta que en todo momento procuró y procura ver realizado el anhelado sueño de su hija y yerno de ser padres. Quedando plasmado el criterio de manifestación de voluntad de las partes intervinientes, a razón de que la madre subrogante no ejerce

en ningún momento su estado de maternidad, así mismo no ha obtenido beneficio económico, y, por último, la conducta procesal ejercida es en favorecer a su hija (madre genética de la menor).

Es por tales razones, la Sala decide aprobar la sentencia venida en consulta indicando que se disponga la inscripción y reconocimiento de la citada niña en el acta de nacimiento respectivo, dejando sin efecto la inscripción y reconocimiento efectuado por doña Jenni Lucero Aurich como madre.

Así mismo, hacen referencia al extremo de la resolución venida en consulta que dispone el plazo de dos años a efecto que los padres de la citada menor hagan efectivo el derecho de la vida de los tres embriones congelados en la Clínica de Miraflores; así como iniciar el proceso de abandono de los citados embriones en caso no cumpliera dicho mandato; calificando dichos extremos la Sala como un vicio de congruencia extrapetita al no haber sido materia de la pretensión demandada en el presente caso, por lo debe desaprobarse en lo que corresponda. Concordando con lo dispuesto por la Sala, pero evidenciando que nuestros operadores jurídicos no quieren profundizar en el tema, generando así que situaciones como de los tres embriones congelados, aun quede en una gran incertidumbre y sin un respaldo legal.

C. Casación N° 4323-2010 – Lima (caso que está relacionado con la Casación N° 5003-2007-Lima)

Partes del proceso

- a) Demandante: Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas
- b) Demandado: María Alicia Alfaro Dávila

Personas que intervienen en TERA

- a) Madre social: María Alfaro Dávila
- b) TERA: Fecundación in vitro- ovodonación, espermatozoides del esposo

Petitorio

Declarar fundado el recurso de Casación.

Materia del proceso/ recurso

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, la cual revoca la apelada que declaró infundada la demanda de nulidad de acto jurídico y reformando la declara fundada.

Hechos

La Clínica Concebir y María Alicia Alfaro Dávila han apelado la sentencia de vitas expedida por la 6° Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, siendo así que la Sala declara procedente las apelaciones, en las cuales solicitaban el derecho a una sentencia debidamente motivada, afirmando que el artículo 7 de la Ley N° 26842, no se encuentra prohibida la ovodonación, método que llevó a cabo María, mediante la técnica de fecundación in vitro.

El fondo del proceso tiene como alcance la evaluación de si los gametos donados para usar las TERA en el Perú se encuentra prohibida o no, para tratar una condición de infertilidad, del cual la Sala ha evaluado que, al no estar prohibida taxativamente otros métodos, estos pueden ser utilizados a lo que la Corte Suprema declara fundada los recursos presentados, declarando nula la sentencia de vista.

Fundamentos de la sentencia

Considerando 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.

Considerando 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 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

Análisis

He identificado que se usó el criterio de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes a razón que el justiciable expresa la existencia de un contrato del cual el demandante forma parte (aportó gameto masculino), y ha manifestado su voluntad al suscribirlo, por lo tanto, se cumple con los requisitos del art 140 del C.C.

También pude observar que se utiliza la expresión del interés superior, que a mi parece fue tomado en cuenta para encaminar la decisión tomada por el magistrado, evidenciándose el uso del criterio de aplicabilidad del interés superior del niño.

En esta casación existe un voto en discordia de un magistrado que indica, que el colegiado superior incurre en “error in cogitando”, motivación insuficiente, al no haber justificado los motivos que llevaron a interpretar la norma contenida en el artículo 7; indicando que su voto es porque se declare fundado el recurso de casación, en consecuencia, Nula la Sentencia de vistas y ordenar el reenvío de los autos a la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Opinión con la que estoy de acuerdo hasta cierto punto ya que la Sala debió analizar más a fondo el mencionado artículo, ya que sus diversas interpretaciones han llevado a múltiples casos de incertidumbre,

generando una inseguridad jurídica en nuestro ordenamiento, que la Sala pudo y puede dar solución, mediante las pautas necesarias para realizar o ser parte de las TERA.

D. Sentencia Cas. N° 563-2011 - Lima

Partes del proceso

- a) Demandante: Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone
- b) Demandado: Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz

Personas que intervienen en TERA

- a) Madre Social: Dina Felicitas Palomino Quicaño
- b) Padre biológico: Giovanni Sansone
- c) Menor de edad: Vittoria Palomino Castro
- d) TERA: inseminación artificial
- e) Madre, vientre de alquiler: Isabel Zenaida Castro Muñoz

Petitorio

Isabel Zenaida Castro Muñoz interpone el recurso de casación para que se declare infundada la demanda de adopción por excepción.

Materia del proceso

Casación- Adopción por excepción

Hechos

La señora Dina Palomino (quien es madre social) y Giovanni Sansone (padre biológico) pareja tratante – pareja adoptante en el proceso, no podían tener hijos a lo que deciden someterse a las TERA. A consecuencia de esto realizan un acuerdo verbal con Paul Palomino (sobrino de Diana Palomino) e Isabel Castro (madre biológica y gestante) pareja subrogante; habían acordado que Isabel Castro se someta al procedimiento de inseminación artificial utilizando el gameto de Giovanni Sansone a cambio de dinero y con el nacimiento del niño deberían entregar a pareja tratante mediante un proceso de adopción.

Con fecha 26 de diciembre de 2006, Isabel Castro – madre subrogante da a luz a la menor Vittoria, siendo registrada en su partida de nacimiento como padres Isabel y Paul (pareja subrogante), que a los 9 días de nacida la menor fue entregada provisionalmente a la pareja tratante mediante una “acta de entrega provisional de la menor” contando con firmas legalizadas ante Notario. La pareja tratante inicia el proceso de adopción no obstante Isabel Castro desiste de la adopción.

Al complicarse el proceso, se realizó pruebas de ADN dando como resultado que Giovanni Sansone es el padre biológico de la menor, comprobándose también que Isabel y Paul – pareja subrogante recibían dinero mensualmente en lo que duró la gestación igualmente se comprobó que esta pareja extorsionaba a la pareja tratante a fin que Isabel no aborte, lo que implicó que la extorsión se prolongó después del nacimiento de la niña obligándose la pareja tratante a denunciarlos evidenciándose que se entregó un total de 19 mil dólares americanos a la pareja subrogante, fundamento que sirvió a la Sala Superior para confirmar la sentencias declarando oportunamente fundada la demanda.

Finalmente se tiene que el justiciable declaró infundada el recurso casatorio presentado por la pareja tratante.

Fundamentos de la sentencia

Considerando Sétimo: Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del

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

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

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

Considerando Décimo: Que, la tercera y cuarta causal denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no

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

Considerando 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, 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 inculcado consiste en que, los demandados habrían planeado

desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia”.

Considerando Duodécimo: Que, en suma, la materia de litis ha sido correctamente resuelta no habiéndose infringido norma alguna, pues debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien sí es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente, no es tal justificándose el

accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de éste con la menor; aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial, quienes a fojas mil veintinueve y quinientos setenta y siete respectivamente han emitido informes favorables a la demandante; por lo que dicho argumento también carece de sustento. Teniéndose además, que los demandados han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la Ley; debiéndose resaltar además que ha quedado evidenciado el beneficio económico de los demandados con la aceptación de los mismos, pues en ningún momento han negado haber recibido dinero por parte de los demandados, y si bien ha precisado que entregarían a la menor para luego viajar a Italia con su familia y que recibieron dinero por ayuda económica, ante las circunstancias de los hechos dichas alegaciones carecen de coherencia y sustento. Por otro lado, estando a que la menor se encuentra viviendo con los demandantes desde que contaba con nueve días de vida en un ambiente adecuado recibiendo cuidados y amor por parte de éstos, debe primar que los identifica como sus padres y arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial para su vida, además de la descalificación de los padres para ejercer su patria potestad sobre la misma, siendo además la adopción una medida de protección a la luz de los hechos detallados; por lo que en atención al Interés Superior del Niño y el Adolescente consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso.

Análisis

Los criterios que he identificado los cuales ha hecho uso el juez para fundamentar su decisión son los siguientes:

Primero, el juez cita a una sentencia del TC recaída en el Exp N° 02079-2009-PHC/TC, para explicar los alcances del principio del interés superior del niño y se ampara dicho principio al citar el art IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, reconocido también en la Declaración de los Derechos del Niño; refiriendo que en caso de conflictos entre los intereses del adulto y los intereses del niño se prevalecerá el segundo, siendo este principio guía para ir analizando los hechos y las pruebas (el acuerdo celebrado entre las partes, el nacimiento de la menor, la entrega y el cuidado de la menor por la pareja tratante, prueba del ADN para determinar la paternidad, el Informe Social N° 016-2008-EM-SS-AT, Informe Psicológico N° 1567-2008-MCF-PSI, Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI, copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 de la formalización de la denuncia sobre extorción y alteración del estado civil) para demostrar que familiar sería la idónea para su cuidado siendo evidente el criterio de aplicabilidad del interés superior del niño.

Segundo, tenemos la existencia del acuerdo verbal que han realizado la pareja tratante y pareja subrogante para la procreación de la menor, se comprobó la contraprestación cuyo monto ascendió a un total de 19 mil

dólares que ha recibido la pareja subrogante y que desde un inicio habrían acordado el alquiler del vientre y sometimiento de la inseminación artificial, razón por lo cual se tuvo en cuenta el fin procreacional de ambas parejas. Se ha utilizado el criterio de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes.

Tercero, se evidenció que la menor viene viviendo con la pareja tratante desde la fecha 4 de enero de 2007 desde los 9 días de nacida, no siendo interrumpida dicha convivencia hasta la sentencia de esta casación de fecha 6 de diciembre de 2011, siendo 4 años aproximadamente, en consecuencia el juez refiere que la menor viene viviendo en un ambiente adecuado que le brindan los cuidado y amor, siendo así que identifica la menor como padres a la pareja tratante y separarlas del seno familiar implicaría una afectación a su vida personal de la niña, lo que resulta que se está dando prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva y del derecho al entorno familiar del menor.

Del análisis de las sentencia y opiniones de los jueces a fundamentar su decisión en los casos sobre técnicas de reproducción asistida que involucra a menores, se utilizó el CRITERIO DE MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PAREJAS INTERVINIENTES al apreciarse que han valorado de manera mayoritaria el indicador de los acuerdos o contratos tanto escritos o verbales de las parejas tratantes y parejas subrogantes sobre el sometimiento a los procedimientos de las TERA en 5 sentencias de las 6 analizadas; que siendo un tema con poca

regulación jurídica, los operadores jurídicos han permitido que la actuación de quienes se ven involucrados en el proceso de TERA se pueda subsumir en nuestro ordenamiento jurídico de manera legal, generando así una seguridad jurídica para las Clínicas intervinientes y las parejas tratantes.

Asimismo, los magistrados han considerado de manera mayoritaria el indicador principio del interés superior del niño, por lo tanto, se utilizó el CRITERIO DE APLICABILIDAD DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO en 4 sentencias de las 6 analizadas; considero que lo poco que se ha podido establecer en los procesos donde se involucra las TERA, es debido a la presencia de los derechos del recién nacido, pero que aún nos falta mucho por esclarecer.

También, se observa que en menor medida se considera al indicador del derecho a fundar una familia, empleándose los CRITERIOS DE PREVALENCIAS AL DERECHO DE LA IDENTIDAD SOCIOAFECTIVA y PREDOMINIO DEL DERECHO AL ENTORNO FAMILIAR DEL MENOR, entre 1 y 2 sentencias respectivamente de las 6 analizadas; siendo que en las sentencias analizadas siempre jugó un papel importante el principio de la realidad, ya que al evidenciarse quien tuvo el anhelo de ser padres, de quienes estuvieron prestos al cuidado del menor, es que el proceso determina que son ellos los padres del menor.

En consecuencia, los jueces han llegado a utilizar dichos criterios a fin de determinar la filiación del menor nacido bajo las técnicas de reproducción asistida, permitiendo conocer a las partes procesales y a la sociedad peruana, el razonamiento de los magistrados para decidir sobre la filiación procurando así que su facultad de administrar justicia esté sujeta y acorde con la Constitución, la ley, y sobre todo velar por el interés del niño.

Ahora bien, he procedido en hacer de conocimiento los criterios utilizados por los magistrados para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida:

Exp N° 183515-2006-Lima, se utilizó el criterio de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, estimando el acuerdo de las partes.

Exp N° 06374-2016-Lima, se utilizó los criterios manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, aplicabilidad del interés superior del niño y predominio del derecho al entorno familiar del menor, al estimarse el acuerdo de las partes, principio del interés superior del niño y el derecho a fundar una familia respectivamente.

Cas N° 5003-2007-Lima, se ha utilizado el criterio de aplicabilidad del interés superior del niño, estimando indirectamente el principio del interés superior del niño.

Exp N° 2141-2009-Lima, se ha utilizado el criterio de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, estimando el acuerdo de las partes.

Cas N° 4323-2010-Lima, se ha utilizado el criterio de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes y la aplicabilidad del interés superior del niño, al estimarse el contrato y el principio del interés superior del niño.

Cas N° 563-2011-Lima, se ha utilizado los criterios manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, aplicabilidad del interés superior del niño, prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva del menor y predominio del derecho al entorno familiar del menor, estimando el contrato, principio del interés superior del niño y el derecho a fundar una familia, respectivamente.

Finalmente, de los resultados obtenidos evidenciamos que las sentencias emitidas por los diferentes órganos de Justicia del Perú, los magistrados han utilizado los criterios de manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, aplicabilidad del interés superior del niño, prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva del menor y predominio del derecho al entorno familiar del menor, para determinar la filiación derivada de las TERA.

3.2. ANÁLISIS A LOS CRITERIOS UTILIZADOS POR LOS JUECES PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TERA

Debo afirmar que los criterios utilizados por los jueces son objetivos, a razón que tiene en cuenta los derechos y el interés del niño al momento de resolver el conflicto de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.

El art 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, es la única norma legal que regula las técnicas de reproducción asistida en el Perú, prescribiendo:

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.

Observamos que este artículo solo está amparado en el derecho reproductivo garantizado en el art 6 de la Constitución, cierto es que este derecho tiene un alcance respecto que la persona pueda alcanzar el nivel más alto de la salud reproductiva y esto es mediante las TRA, siempre y cuando su objetivo sea la conformación de la familia.

También, podemos inferir que no anticipa solución sobre la filiación en el caso de existir conflictos entre la pareja tratante y subrogante, ni mucho menos el legislador consideró el resguardo de los derechos fundamentales del niño como derecho a la identidad, derecho al ambiente familiar armónico o el derecho a conocer su origen biológico, etc.

3.2.1. La manifestación de la voluntad en los contratos de maternidad subrogada y las implicancias en la filiación del menor nacido bajo las TERA

Como sabemos el acto o negocio jurídico tiene como elemento esencial la manifestación de la voluntad de los individuos, tal cual está reconocido por el art 140 del C.C. que prescribe:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

La manifestación de voluntad es la expresión del deseo o querer interno de una persona que va a crear relaciones jurídicas para satisfacer intereses propios teniendo relevancia para el derecho y más en la celebración de cualquier contrato, tal como el de maternidad subrogada.

Por otro lado, el art 7 de la Ley N° 26842, no ha regulado el uso de la maternidad subrogada en los procedimientos de las técnicas de reproducción asistida (inseminación artificial y fecundación in vitro) ya sean homólogas o heterólogas.

Hablo sobre la maternidad subrogada, pero qué es; lo que me veo obligada a dar una definición, y tenemos:

Para Aguilar Llanos (2017) define a la “madre subrogada, como aquella que ha cedido su útero para la gestación de un embrión.” (p. 119)

El maestro Varsi Rospigliosi (2013) considera a la maternidad subrogada a “...la madre sustituta, cuando una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra a fin de entregar a la criatura una vez nacida.” (p. 580)

Otros señalan como “... el negocio jurídico que consiste en que una mujer se compromete a entregar su hijo biológico, y lo es porque lleva su información genética ya que es también la productora del óvulo fecundado...” (Alarcón Rojas, 2002, p. 130)

Consecuentemente, debo decir que la maternidad subrogada³⁰ se da cuando una mujer se somete a los procedimientos de las TERA para llevar el embarazo o la gestación aportando o no sus gametos, y posteriormente al dar a luz entregaría al recién nacido a la pareja tratante ya sea altruistamente o a cambio de una contraprestación económica.

El realizar un contrato de maternidad subrogada o vientre de alquiler las partes intervinientes (pareja tratante y pareja subrogante) como todo contrato tienen que

³⁰ Fernando Alarcón Rojas citado por Goyena Copello (2002) considera dos modalidades:

- a) La maternidad por “simple sustitución”, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz aporta al proceso su material genético puesto que es la productora del óvulo fecundado.
- b) La maternidad por “sustitución en la gestación”, que consiste en que la mujer que gesta y que da a luz no aporta al proceso su material genético puesto que no es la productora del óvulo fecundado. (p. 130)

declarar su voluntad ya sea verbal o de manera escrita sobre los acuerdos realizados.

Ahora bien, el legislador al respecto no regulado este tipo de contrato lo que, lo convierte en atípico, de igual modo es lícito a razón que el legislador no ha prohibido ni tampoco lo ha permitido su uso, esto en amparo del literal a) inc 24 del art 2 de la Constitución y en aras del principio de la autonomía de la voluntad. Afirmando que este tipo de contrato es válido.

La duda es respecto a la filiación de los niños nacidos bajo las TERA en el uso de la maternidad subrogada respecto a la postura del Estado al considerar como madre solo a aquella mujer que ha dado a luz a un ser humano, el cual está determinado por el art 9 del C.C.

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Como vemos estamos en un problema para determinar la filiación de las menores y considerar como padres a la pareja tratante y más a la mujer tratante ya que ella no ha dado a luz al niño.

Sin embargo, actualmente y como vemos que la sociedad es cambiante debo precisar que este artículo del Código Civil es contaría al art 4 de la Constitución, que prescribe:

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.

A razón de no considerar como madre aquella mujer que aporsto biológicamente (óvulo) para procrear un ser humano con el afán de ser madre, porque no se protege a la familia o al derecho de fundar una familia, que viene hacer la base de la organización social. Pues estas personas con problemas de infertilidad han recurrido a las TERA a fin de ser padres.

Se afirmó que el uso de las TERA en relación a la maternidad subrogada no debe limitar los derechos filiales de la pareja tratante y sobre todo de la mujer tratante, de lo contario se vulneraría la protección a la familia el cual es deber del Estado y la sociedad, además debe respetarse la libre autonomía de las personas al contratar, velando por el cabal cumplimiento de lo pactado, pero siempre procurando el interés del niño y protección de sus derechos.

Recordemos que no solo es el cumplimiento de un contrato sino el resguardo del derecho a la familia de las parejas tratantes, el cual se encuentra protegido por el art 6 de la Constitución que determina que el derecho a la familia se encuentra ligado al derecho reproductivo:

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

Así también, por los tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el art 16 sobre a la familia, prescribiendo:

Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos art 17 sobre la protección a la familia:

La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas.

Para concluir debo decir que no debe limitarse los derechos filiales por la simple postura del Estado y que debe respetarse la libertad de autonomía de las partes en los contratos de maternidad subrogada o vientre de alquiler siempre y cuando se evidencia la existencia de la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes asimismo sin ningún tipo de vicio de acto jurídico celebrado.

Citando a Cieza Mora (2016) señala que la maternidad subrogada solo debe llevarse a cabo con restricciones en su acceso, no solo cumplir caprichos de mujeres que no quieren sentir los padecimientos del embarazo o del parto, y que la pareja tratante realmente tenga padecimientos de infertilidad y el objetivo de ser padres (p. 172)

3.2.2. El interés superior del niño respecto a la filiación del menor nacido bajo las técnicas de reproducción asistida

El interés superior del niño es un principio que se encuentra regulado por el art IX del Título Preliminar de la Ley N° 27337:

Artículo IX. Interés superior del niño y del adolescente

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.

Primero defino que es un principio, que, para Valencia Restrepo, señala que tiene un "...origen etimológico denominado "principium", manifestando que existe dos acepciones: la primera, significa la cabeza de una serie o primer singular de un todo plural, resultante de "princeps", "principis", pues como un titular o cabeza de una magistratura" (Rosas Alcántara, 2015, p. 428). Por lo tanto, los principios del derecho son la base o cabeza de un ordenamiento jurídico, ya que son las primeras normas de los cuales un sistema jurídico ha tomado como cimientos para dar nuevas normas.

El principio como:

El origen permanente o punto fundamental de partida de algo, porque "principium" procede de "principii". "Los principios en derecho serian normas fundamentales del sistema normativo", que es tomada como un punto que va a surgir de un modo permanente las demás normas de un sistema jurídico. (Rosas Alcántara, 2015, p. 428)

Valencia Restrepo, quien sostiene que los principios generales del derecho son las verdaderas normas de las cuales el derecho, en sí toma, para crear en base de estos principios un sistema, donde las diferentes instituciones de un país son creadas, ya que las normas constitucionales son observadas para crear normas jurídicas, teniendo en cuenta que estos principios son: “fundamentales, taxativas, universales, tópicas, axiológicas, implícitas o explícitamente positivizadas”³¹, basados en estos preceptos que deben ser tomando en cuenta para, el momento de crear, interpretar e integrara un norma dentro del ordenamiento jurídico , motivo que lleva a pensar que un principio puede poseer una “naturaleza filosófica y también jurídica”³².

Exactamente el principio del interés superior del niño se puede definir como la obligación de los órganos jurisdiccionales en aplicar, flexibilizar e interpretar toda norma a favor del bienestar del niño y la satisfacción de sus derechos fundamentales.

Por otro lado, dicho reconocimiento no solo está por la Ley N° 27337, sino también por la Constitución en el art 4 tal como determina la Sentencia del TC recaída en el Exp N° 04058-2012-PA/TC-HUAURA, señalando lo siguiente en el fundamento 14:

En anterior oportunidad el Tribunal Constitucional [STC 02132-2008-PA/TC] ha precisado que el principio constitucional de protección del interés superior del niño, niña y adolescente constituye un contenido constitucional implícito del artículo 4° de la Norma Fundamental, en cuanto establece que “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, (...)”. Tal contenido de fundamentalidad es reconocido a su vez por la “Convención

³¹ (Rosas Alcántara, 2015, ps. 428-429)

³² (Rosas Alcántara, 2015, ps. 428-429)

sobre los Derechos del Niño” de 1989, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N.º 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990. El texto de la mencionada Convención se publicó en Separata Especial el 22 noviembre 1990 y mediante Ley N.º 25302, publicada el 4 de enero de 1991, se declaró de preferente interés nacional la difusión de la "Convención sobre los Derechos del Niño".

Como apreciamos cuán importante es este principio y sobre todo de sus efectos y poder sobre otras bases legales, el por eso que “... una valoración de intereses en la que debemos hacer primar el supremo interés del menor frente a otros principios no menos importantes...” (Zapata López & Cuarezma Terán, 2004, p. 73)

Razón suficiente que debe tener los magistrados en decidir sobre la filiación de los niños nacidos bajo las TERA ante el conflicto de la paternidad reclamada por la pareja tratante y pareja subrogante. Pues la decisión que se tome tiene que estar fundamentada en el interés del menor de lo contrario estaríamos vulnerando el art 4 de la Constitución y el art IX del Título Preliminar de la Ley N° 27337.

Este principio es tan importante que inclusive puede ser considerado sobre los derechos que pueda tener los progenitores biológicos o legales respecto del menor. En los casos de filiación prima el derecho del niño a tener una familia respecto al derecho de las personas a ser padres.

La filiación derivada de las TERA respecto a este principio, los jueces deben decidir no solo en el bienestar físico del menor sino también el espiritual, todo esto para el pleno desarrollo de su vida; que a palabras de Hawie Lora (2015) refiere:

En virtud este principio, las acciones del Estado, la sociedad, la comunidad y la familia, en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción, preservación, ejercicio y disfrute de sus derechos, tengan que estar orientadas a lograr su pleno bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social. (p. 109)

A modo de conclusión se obtuvo que los jueces en los casos para determinar la filiación derivada de las TERA deben primar los intereses del menor frente a los derechos de los progenitores ya sean legales o biológicos, aplicando el principio del interés superior del niño. Todo esto a fin de que el menor tenga un pleno desarrollo de su vida y los cuidados necesarios por parte de sus progenitores.

3.2.3. El derecho de la identidad socioafectiva frente a la determinación a la identidad jurídica y biológica

El derecho a la identidad del menor es un derecho que tienen todas personas que se ampara en el inc 1 del art 2 de la Constitución que prescribe:

Toda persona tiene derecho:
1. A la vida, a su identidad

Como se sabe el derecho a la identidad permite determinar la personalidad jurídica de la persona como un ser único, irrepetible y distinto de los demás, reconocido en la sociedad por sus atributos y características propias. No obstante, la doctrina ni el legislador a previsto el derecho a la identidad socioafectiva en consecuencia primero debo definir qué se entiende por afecto:

- a) “Pasión del ánimo, especialmente de amor o cariño.” (Lexus Diccionario Enciclopédico Color, 2004, p. 16)

- b) “Cada una de las pasiones del ánimo, como la ira, el amor, el odio, etc., y especialmente el amor o el cariño.” (Real Academia Española, 2019b)

Con esto puedo definir lo que es la identidad socioafectiva. Debiéndose entender como la parte del derecho a la identidad concerniente a la dimensión subjetiva³³, y que el individuo reconoce su entorno social (familia, escuela, trabajo, etc.), teniendo conductas afectivas de cariño, amor, felicidad, etc., con los que lo rodean.

Como sabemos la identidad es un derecho fundamental que le corresponde al niño por el solo hecho de ser una persona y que en aras del principio del interés superior del niño debe tenerse en cuenta la identidad socioafectiva que desarrolló el menor al vivir con las personas que lo cuidaban y que de alguna manera son sus progenitores ya sea biológico o legales o bien ambos.

³³ Sentencia del TC recaída en el Exp N° 02273-2005, en su fundamento 21:

Derecho de toda persona a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.); y, aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideológico, identidad cultural, valores, reputación, etc.) (Eto Cruz, 2015, p. 129)

El derecho a la identidad comprende el derecho a tener un nombre, y que se encuentra reconocido por el ar 7 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, que prescribe:

El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus progenitores y a hacer cuidado por ellos.

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en lo prescrito por el inc 2 del art 24 se determina:

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

Por consiguiente, los niños después de su nacimiento (sin importar su forma de concepción) deber ser inscritos y registrados, debiendo contar con un nombre³⁴ con el fin de atribuir la personalidad jurídica para evitar cualquier tipo de atentado contra del menor.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su art 6³⁵ y la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en el art 18 sobre el derecho al nombre³⁶, amparan el derecho de las personas a contar con una personalidad jurídica y que se puede identificar mediante su nombre.

³⁴ Sentencia del TC recaída en el Exp N° 2273-2005-PHC-TC, fundamento 13:

El nombre es la designación con la cual se individualiza al sujeto y que le permite distinguirse de los demás. El nombre tiene dos componentes: el prenombre y los apellidos. El nombre es el elemento característico individual del sujeto, libre de toda vinculación preestablecida ... (Rubio Correa, Eguiguren Praeli, & Bernales Ballesteros, 2011, p. 103)

³⁵ **Art 6**

Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.

³⁶ **Art 18**

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

El art 6 de Ley N° 27337, al respecto del derecho a la identidad a prescrito:

El niño y adolescentes tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes; sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

Como apreciamos todas estas normas antes descritas resguardan y reconocen del derecho a la identidad de las personas por consiguiente los niños nacidos bajo las TERA deben contar con un nombre y apellidos de sus progenitores con el objeto de atribuirle personalidad jurídica y sobre todo saber quién estará a cargo del cuidado del niño.

Las garantías brindadas por las normas tanto como nacional e internacional solo tienden en establecer una personalidad jurídica, no obstante, en el caso de las TERA tenemos el problema de establecer la filiación en primer lugar ya que el legislador como el caso del art 409 del C.C. se ha determinado que se considera madre aquella mujer que dio a luz, según los establecido:

La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.

Lo que implica que el menor según el legislador debe llevar los apellidos de la mujer que lo pario aun a pesar que no lleve su sangre, caso de la maternidad subrogada del procedimiento de las TERA homóloga. Me parece ilógico establecer una identidad jurídica después de permitir el uso de las TERA por el art 7 de la Ley N° 26842.

Resalto la opinión del maestro Varsi Rospigliosi (2013) que alude:

Lo que hay que enfatizar es la socioafectividad que se forjará de la relación de padre-hijo, anteponiéndose a los lazos biológicos, el factor de crianza. El desarrollo del hijo en el seno de la familia en conjunto con sus padres que lo desearon por medio de la técnica procreática hace desarrollar lazos más fuertes que los biológicos. El amor y el afecto se irán incrementando al pasar de los años, se unirán de forma innegable, hijo y padres, forjando un vínculo difícil de romper, creando verdaderamente una familia en el más amplio sentido de la palabra. Una familia derivada de la ciencia, pero refundida en el amor. (p. 562)

Es ahí donde debo resaltar la frase coloquial de que “padre no es el que engendra, padre es el que cría”, por tales motivos y sobre todo en favor del interés del niño se debe tener en cuenta la identidad socioafectiva en los casos de determinar la filiación, sobre la identidad jurídica o legal y la identidad biológica.

Pues recordemos que el nombre solo es una “expresiones visibles y social por medio de la cual se va a identificar a las personas” según el maestro Fernández Sessarego citado por (Varsi Rospigliosi, 2014, p. 624). No hay comparación de lo afectivo hacia las personas que consideras como padres, frente a los padres jurídicos establecidos por ley que defines solo como personas.

Finalmente, debo concluir afirmando que la identidad socioafectiva debe ser tomada en cuenta por los jueces para determinar la filiación derivada de las TERA, a razón del principio del interés superior del niño frente a la identidad legal establecida por el legislador. No se desarrolló lo que respecta a la identidad biológica ya que también es importante para las personas nacidas bajo las TERA conocer su origen biológico; ahora bien, si la identidad biológica coincide con la

identidad socioafectiva en hora buena, caso contrario se primará la segunda para determinar la filiación del menor.

3.2.4. El derecho al entorno familiar del menor en casos de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida

La definición que di sobre el derecho al entorno familiar es como aquel derecho a vivir con un grupo de personas que lo rodean y que el menor identifica como familia.

En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp N° 01817-2009-PHC/TC, en el párrafo tercero del fundamento 14 y fundamento 15, tenemos una aproximación respecto al derecho al entorno familiar del menor, que estaría relacionado con el derecho a tener una familia y no ser separado de ella.

Además, tenemos que el derecho a vivir en familia implica el “disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familiar” por esta razón no se puede ni debe tratarse de separar al menor que a identificado a determinadas personas como sus padres, en caso de las TERA cuando la menor convive con los progenitores ya sea biológicos o legales existe una identidad socioafectiva y en aplicación del principio del interés superior del niño no debe separarse, caso contrario debe procurarse en tomarse en cuenta por los magistrados con el fin de conceder y favorecer la filiación a las personas que el menor identifica como sus progenitores por la existencia de un vínculo sentimental.

El por qué determinar la filiación a favor de las personas que el menor considera como padres, es debido a que “el niño tiene derecho a tener una familia y a vivir con ella, a fin de satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”, es decir no solo es el cuidado del menor sino también su satisfacción de necesidades afectivas y espirituales que ayudaran en el crecimiento de su vida.

Ahora bien, en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se establece el “Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Lo determinado por la Convención afirma lo manifestado líneas atrás, pues siempre se procura el interés del niño y la protección de sus derechos.

Finalmente, de los casos sobre los conflictos de la filiación derivada de las TERA deba tomarse en cuenta el derecho al entorno familiar del menor a consecuencia de ser favorable en la satisfacción de las necesidades afectivas, emocionales y espirituales del niño, para el pleno desarrollo de su vida, todo esto porque identifica a tales personas como padres.

3.3. CRITERIOS QUE NO DEBERÍAN UTILIZAR LOS JUECES PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TERA

En las sentencias analizadas se encontró como un indicador a la prueba biológica de ADN, el cual está relacionado con el criterio del principio de unidad de la filiación, lo hace que los jueces no consideren otros criterios para determinar la filiación.

Los problemas que puede causar el principio de unidad de la filiación, es cuando el menor haya nacido bajo la técnica de reproducción heteróloga (gametos – óvulos o espermatozoides de terceras personas aun cuando la gestación lo lleve la mujer tratante o mediante una tercera que es la maternidad subrogada), ya que el resultado de la prueba biológica sería a favor de la persona que apporto el material genético, sin importar el interés superior del menor o la protección de sus derechos.

CONCLUSIONES

1. Los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los órganos de justicia del Perú son la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, aplicabilidad del interés superior del niño, prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva y predominio del derecho al entorno familiar del menor, siendo estos criterios los que protegen los derechos e interés del niño al decidir su filiación.
2. Del análisis hecho a las sentencias se evidencia que el 90 % de los jueces consideran como criterios para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida la manifestación de la voluntad de las partes en los contratos de maternidad subrogada ya sean estos verbales o escritos, siempre y cuando se tenga como fin la procreación y la formación de la familia.
3. La relación que tiene la manifestación de la voluntad con la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida es la procreación, al realizarse contratos de maternidad subrogada, la cual es creada por la libre autonomía de las partes y en amparo del literal a) inc. 24 del art 2 de la Constitución lo que convierte estos negocios jurídicos en relaciones jurídicas lícitas y válidas.
4. El derecho a la identidad socioafectiva es parte del elemento subjetivo del derecho a la identidad, y que la persona demuestra conductas afectivas de felicidad, cariño, aprecio y amor con las personas que lo rodean ya sea en su familia, amigos, compañeros de trabajo.

Que en el caso de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida se da cuando el niño reconoce a determinadas personas como sus padres.

5. El derecho al entorno familiar se toma a consideración por los jueces de los órganos de justicia del Perú cuando se evidencie que el niño viene satisfaciendo sus necesidades afectivas, emocionales, sentimentales y espirituales al vivir con los progenitores biológicos o legales a quienes reconoce como padres, lo que sirve para determinar la filiación del menor siempre a favor de los intereses de este.

RECOMENDACIÓN

Se recomienda a los jueces y en especial a los de familia, cuando determinen la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en sus sentencias refieran de forma expresa los criterios de manifestación de voluntad de las partes intervinientes cuando se tenga contratos de maternidad subrogada, interés superior del niño, prevalencia del derecho de la identidad socioafectiva del menor y el derecho al entorno familiar del menor, los cuales tendrán como finalidad garantizar y proteger los derechos de los niños nacido bajo estas técnicas.

PROPUESTA LEGISLATIVA

La presente propuesta parte de las conclusiones y principalmente de un análisis a la institución jurídica de la filiación en relación al uso de las técnicas de reproducción asistida y del uso de los contratos verbales y escritos respecto a la maternidad subrogada; con el objetivo que se les reconozca como padres a aquellos conyugues que han hecho uso de las TERA para tratar sus problemas de infertilidad y procurando así proteger el derecho de los niños nacidos bajo estas técnicas.

LEY N° 000

El presidente de la República

Por cuanto:

El Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 361°A, AL CÓDIGO CIVIL – DECRETO LEGISLATIVO N° 295

ARTÍCULO 1° – Incorporar el Artículo 361°-A al Decreto Legislativo N° 295

Incorpórese el Artículo 361°-A al Decreto Legislativo N° 295, en los términos siguientes:

“**Artículo 361°-A.**- El niño nacido mediante las técnicas de reproducción humana asistida de inseminación artificial y fecundación in vitro, al igual que maternidad subrogada tendrá como padres a la pareja tratante.

ARTÍCULO 2° – Deroga dispositivos legales

Derogase todas las normas legales que se opongan a la presente Ley.

Comuníquese al señor presidente de la República para su promulgación.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, B. (2017). *Matrimonio y Filiación Aspectos Patrimoniales*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Alarcón Rojas, F. (2002). La Maternidad por Sustitución. En H. R. Goyena Copella, & e. al., *Familia, Tecnología y Derecho* (págs. 123 - 137). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Amado Ramírez, E. (2017). Un Vistazo a la Maternidad Subrogada en el Perú. En D. e. García Belaunde, *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tom 116 (págs. 187 - 200). Lima: Gaceta Jurídica.
- Bergel, S. D., & Minyersky, N. (2004). *Genoma Humano*. Argentina: Rubinzal- Culzoni.
- Bermúdez Tapia, M. (2012). *Derecho Procesal de Familia*. Lima: Editorial San Marcos.
- Bermúdez Tapia, M. (2019). *La Evaluación Constitucional de Derechos en el Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bogarín Alfonso, R. A. (2009). El Derecho a la Reclamación de la Verdadera Filiación VS. Discriminación Sexista. En C. I. Corte Suprema de Justicia, *El Interés Superior del Niño*, Tom I (págs. 35 - 48). Asunción - Paraguay: División de Investigación, Legislación y Publicaciones.
- Brugo Olmedo, S., Chillir, C., & Kopelman, S. (2003). Definición y Causas de la Infertilidad. *Revista Colombiana de Obstericia y Genecología*, Vol. 54, N° 4, 227 - 248.
- Canessa Vilcahuamán, R. (2008). *Problemas Jurídicos que Plantean las Técnicas de Reproducción Asistida en la Legislación Civil Peruana (Tesis de Magistral)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Cárdenas Krenz, A. (2014). *El Derecho de las Personas Concebidas Mediante Técnicas de Reproducción Asistida a Conocer su Identidad Biológica, desde una Perspectiva Biojurídica*, (Tesis Magistral). Lima: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
- Cárdenas Quirós, C. (1990). *Algunas Reflexiones Acerca de la Inseminación Artificial y la Fecundación Extraterina*. En F. de Trazegnies Granda, R. Rodríguez Iturri, C. Cárdenas Quirós, & J. Garibaldi, *La Familia en el Derecho Peruano* (págs. 165 - 194). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Carrasco Díaz, S. (2013). *Metodología de la Investigación Científica*. Perú: Editorial San Marcos.
- Celis Vásquez, M. (2019). *Pautas Procesales y Constitucionales para Afrontar un Proceso de Tenencia de Menor*. En E. Varsi Rospigliosi, & e. al, *Derecho Procesal de Familia* (págs. 319 - 346). Lima: Gaceta Jurídica.
- Chávez Granda, J., & Chevarría Pineda, E. (2019). *El Interés Superior del Niño: una Mirada desde la Normativa, Jurisprudencia y Doctrina*. En D. García Belaunde, V. García Toma, & S. Abad Yupanqui, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, Tom 137 (págs. 137 - 154). Lima: Gaceta jurídica.
- Cieza Mora, J. (2016). *Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. En J. Avendaño Valdez, & e. al, *Gaceta Civil y Procesal Civil*, Tom 32 (págs. 143 - 178). Lima: Gaceta Jurídica.
- Corte Suprema de Justicia Centro Internacional de Estudios Judiciales. (2009). *El Interés Superior del Niño*, Tom I. Asunción - Paraguay: División de Investigación, Legislación y Publicaciones.
- Court Murasso, E. (2009). *Curso de Derech Civil Teoría General del Acto jurídico*. Chile: Legal Publishing.

- Donato Busnelli, F. (2003). *Bioética y Derecho Privado*. Lima: Grijley.
- Empresa Editora El Comercio S.A. (17 de 11 de 2012). El comercio. Obtenido de <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/primer-caso-vientre-alquiler-fue-resuelto-poder-judicial-noticia-1497716>
- Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derechos de las Personas*. Perú: Rodhas.
- Eto Cruz, G. (2015). *Las Sentencias Básicas del Tribunal Constitucional Peruano*. Perú: Gaceta jurídica.
- Fernández Sessarego, C. (2015). *Derecho a la Identidad Personal*, ed 2. Lima: Instituto Pacífico.
- Galindo Garfias, I. (1994). *Estudios de Derecho Civil*, 2 ed. México : Porrúa.
- Gallegos Canales, Y., & Jara Quispe, R. (2015). *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Jurista Editores.
- Gallegos Canales, Y., & Jara Quispe, R. (2015). *Manual de Derecho de Familia*. Lima - Perú: Jurista Editores.
- Gálvez Villegas, T. A., & Délgado Tovar, W. J. (2012). *Derecho Penal Parte Especial*, Tom II. Lima: Jurista Editores.
- Garcete, M. T. (2009). *El Rol del Defensor del Niño y del Adolescente Interpretado a la Luz de los Principios Sustentados por la Doctrina de la Protección Integral*. En C. I. Corte Suprema de Justicia, *El interés Superior del Niño*, Tom I (págs. 51 - 88). Asunción - Paraguay: División de Investigación, Legislación y Publicaciones.
- García Toma, V. (2013). *Los Derechos Fundamentales* (2ª ed.). Perú: Adrus.
- Gispert, C. (1997). *Océno Uno Color Diccionario Enciclopédico*. España: Océano Grupo.
- Goyena Copello, H. R., & al, e. (2002). *Familia, Tecnología y Derecho*. Perú: Universidad Externado de Colombia.

- Hawie Lora, I. M. (2015). Manual de Jurisprudencia de Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2010). Metodología de la investigación, 5° ed (Quinta ed.). México D.F.: MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, M. d. (2014). Metodología de la investigación, 6° ed (Sexta ed.). México: MCGRAW-HILL
- Kcomt Reyna, M.-L. (2009). Aspectos Jurídicos de la Manipulación Genética: una Perspectiva desde el Derecho de Daños, (1° ed.). Perú: CEA.
- Lacadena, J. R. (2002). El Embrión Humano: Reflexiones Científicas y Éticas en el Año 2000. En H. R. Goyena Copello, Familia, Tecnología y Derecho (págs. 43 - 78). Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Lexus Diccionario Enciclopédico Color. (2004). Colombia: Lexus.
- Lexus Diccionario Enciclopédico Color. (2004). Colombia: Lexus.
- López de Carril, J. (1984). Derecho de Familia . Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot.
- López Díaz, C. (2005). Manual de Derecho de Familia y Tribunales de Familia, tom II. Chile: Librotecnia.
- Mendez Costa, M. J. (1986). La Filiación. Argentina: Rubinzal y culzoni S.C.C.
- Mesía Ramírez, C. (2018). Los Derechos Fundamentales Dogmática y Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.
- Minyersky, N. (2004). Bioética y Derecho de Familia. En A. Kemelmajer de Carlucci, Genoma Humano (págs. 131 - 180). Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni.
- Muñoz Razo, C. (2011). Cómo Elaborar y Asesorar una Investigación de Tesis, 2 ed. México: Prentice Hall.

- Ossorio, M. (2010). Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (1° ed electrónica). Heliasta.
- Pacheco Espejel, A. A., & Cruz Estrada, M. C. (2006). Metodología Crítica de la Investigación. Lógica, Procedimiento y Técnicas. México: Compañía Editorial Continental.
- Paz Campuzano, Ó. (03 de 09 de 2018). El Comercio. Obtenido de <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/vientre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484>
- Plácido Vilcachagua, A. (2015). Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Lima: Instituto Pacífico.
- Ramos Nuñez, C. (2007). Cómo Hacer una Tesis de Derecho y no Envejecer en el Intento, 4 ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramos Suyo, J.A. (2008). Elabore su Tesis en Derecho Pre y Postgrado, 2 ed. Lima: San Marcos.
- Real Academia Española. (21 de 08 de 2019). Real Academia Española. Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/?id=KtmKMfe>
- Real Academia Española. (13 de 07 de 2019a). Real Academia Española. Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/?id=HZnZiow>
- Real Academia Española. (12 de 09 de 2019b). Real Academia Española. Obtenido de RAE: <https://dle.rae.es/?id=0wJiuAw|0wK6Q11>
- Rodríguez Moguel, E. A. (2005). Metodología de la Investigación. México: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco.
- Rosas Alcántara, J. (2015). El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves. Perú: Gaceta Jurídica.
- Rosental, M. (2005). Diccionario Filosófico. Lima - Perú: Huascarán.

- Rubio Correa, M. (2008). El título Preliminar del Código Civil, 10° ed. Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa, M., Eguiguren Praeli, F., & Bernales Ballesteros, E. (2011). Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salas Vásquez, P. (2016). 10 Años de Sentencias Claves del Tribunal Constitucional, tom. I. Perú: Gaceta Jurídica.
- Suárez Bosleman, D. (13 de 05 de 2018). El Comercio. Obtenido de <https://elcomercio.pe/tecnologia/reproduccion-asistida-ayudar-millon-medio-peruanos-noticia-519707>
- Tantaleán Odar, R. M. (01 de 07 de 2015). El Alcance de las Investigaciones Jurídicas. Derecho y Cambio Social. Obtenido de Derecho y Cambio Social: WWW.derechoycambiosocial.com
- Ticse Travez M.C. (2018). La Regulación de la Filiación Derivada del Uso de Técnica de Reproducción Asistida con Subrogación Materna en la Legislación Peruana. Iquitos: Universidad de la Amazonía Peruana.
- Torres Vásquez, A. (2008). Acto Jurídico. Lima: Idemsa.
- Troncoso Larronde, H. (2011). Derecho de Familia, 14 ed. Chile: Ediciones Universidad de Concepción.
- Valverde y Valverde, C. (1926). Tratado de Derecho Civil Español, Tom IV, 3° ed. España: Valladolid.
- Varsi Rospigliosi, E. (1996). Derecho y Manipulación Genética. Perú: Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (1999). Filiación, Derecho y Genética. Lima: Universidad de Lima.
- Varsi Rospigliosi, E. (2011a). Tratado de Derecho de Familia, Tom. I. Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013). Tratado de Derecho de Familia, Tom IV. Perú: Gaceta Jurídica.

- Varsi Rospigliosi, E. (2013). Tratado de Derecho de Familia, Tom IV. Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2013a). Derecho Genético Principios Generales (5° ed). Lima: Grijley.
- Varsi Rospigliosi, E. (2014). Tratado de Derecho de las Personas (1° ed.). Perú: Gaceta Jurídica.
- Varsi Rospigliosi, E. (2019). Las Acciones Filiatorias. En E. Varsi Rospigliosi, & e. al, Derecho Procesal de Familia (págs. 7 - 78). Lima: Gaceta Jurídica.
- Vial del Rio, V. (2003). Teoría General del Acto jurídico, 5 ed. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Villagra de Biedermann, S. (2009). Los Derechos del Niño/a en la Administración de Justicia Principales Estándares Legales Internacionales. En C. I. Corte Suprema de Justicia, El Interes Superior del Niño, Tom I (págs. 181 - 218). Asunción - Paraguay: División de Investigación, Legislación y Publicaciones.
- Zannoni, E. (1989). Derecho de Familia, 2° ed, tom II. Buenos Aires: Astrea.
- Zapata López, R. I., & Cuarezma Terán, S. J. (2004). Principios y Garantías del Proceso Penal de Adolescentes. Managua - Nicaragua: Hispamer.

ANEXOS

ANEXO n° 01.

MATRIZ DE CONSISTENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	MÉTODOS	TÉCNICAS	POBLACIÓN	MUESTRA
¿Qué criterios fueron utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los órganos de justicia del Perú?	OBJETIVO GENERAL	Los criterios utilizados por los jueces para determinar la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en las sentencias de los órganos de justicia del Perú son la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes, aplicabilidad del interés superior del niño, prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva y predominio del derecho al entorno familiar del menor.	Filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida	MÉTODO GENÉRICO	- Análisis documental - Fichaje	6 sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia y la Corte Suprema de la República del Perú sobre las TERA	Se tomará todo el universo el cual está constituido por 6 sentencias: - Exp N° 183515-2006-Lima - Exp N° 06374-2016-Lima - Cas N° 5003-2007-Lima - Cas N° 2141-2009-Lima - Cas N° 4323-2010-Lima - Cas N° 563-2011-Lima
				- Método inductivo y deductivo. - Método de investigación estático.			
	OBJETIVO ESPECÍFICO			MÉTODO PROPIO DEL DERECHO			
	i) Analizar las sentencias emitidas por la Corte Superior de Justicia del Perú y la Corte Suprema de la República del Perú sobre las técnicas de reproducción asistida.			Método funcional			
	j) Determinar la relación entre manifestación de la voluntad de las partes intervinientes y la filiación del menor de edad derivada de las técnicas de reproducción asistida.			Manifestación de la voluntad de las partes intervinientes.			
k) Analizar la aplicabilidad del interés superior del niño al determinar la filiación del menor nacido bajo las TERA.	Aplicabilidad del interés superior del niño.						
l) Explicar los criterios de prevalencia del derecho de la identidad socioafectiva adoptados por los jueces de los órganos de justicia del Perú frente a la identidad jurídica y biológica.	Prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva.						
m) Analizar el derecho al entorno familiar del menor en casos de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.	Predominio del derecho al entorno familiar del menor.						
n) Diseñar una propuesta legislativa que establezca los criterios jurídicos para filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida.							

ANEXO n° 02.

GUÍA DE ANÁLISIS PARA LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PERÚ Y LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA
DEL PERÚ

DATOS GENERALES	Corte	:	PARTES PROCESALES	Demandantes	:	CLASE DE TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA			
	Nº de Exp/Cas	:		Demandados	:	Fecundación in vitro		Inseminación artificial	
	Distrito judicial	:							
	Fecha	:							
HECHOS RELEVANTES				ARGUMENTOS UTILIZADOS POR LOS JUECES PARA MOTIVAR SU DECISIÓN RELACIONADOS CON LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA					
				Argumentos legales					
				Argumentos jurisprudenciales					
CRITERIOS IDENTIFICADOS				Argumentos doctrinales					
1. Manifestación de la voluntad de las partes intervinientes.				Otros argumentos					
2. Aplicabilidad del interés superior del niño.									
3. Prevalencia al derecho de la identidad socioafectiva.									
4. Predominio del derecho al entorno familiar del menor.									
5. Otros criterios									
		NÚMERO DE MUESTRA		Ningún argumento ()					

