

**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO**



**FACULTAD DE DERECHO**

**INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO MATER SEMPER CERTA EST EN LOS CASOS  
DE “ÚTERO SUBROGADO”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**SABINA ISABEL VEGA CHILCON**

**Chiclayo, 28 de Noviembre de 2017**

**INAPLICACIÓN DEL PRINCIPIO MATER SEMPER CERTA EST EN  
LOS CASOS DE “ÚTERO SUBROGADO”**

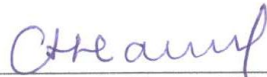
**PRESENTADO POR:**

**SABINA ISABEL VEGA CHILCON**

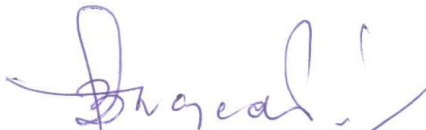
**Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica  
Santo Toribio de Mogrovejo para Optar el título de**

**Abogado**

**APROBADO POR:**



**Dra. Ana María Llanos Baltodano  
Presidente del Jurado**



**Abog. Betty Sulmi Anaya de Pauta  
Secretario del Jurado**



**Mgtr. Dora Ojeda Arriarán  
Vocal del Jurado**

## **DEDICATORIA**

A Dios, a mi familia, hermanos, amigos y a Luis Vera Terrones por incentivar me cada día a ser mejor persona y por el inmenso amor recibido.

A Salvador Cebrián Plácido, Hernán Contreras Heredia, Mercedes Jaramillo Quiroz por brindarme su confianza, aliento y apoyo incondicional para cumplir mis objetivos a lo largo de mi vida personal y académica.

## **AGRADECIMIENTO**

A mi asesora externa, doctora Melina Locatelli Alfaro por la sabiduría y consejos brindados para desarrollar la presente investigación; y sobre todo por haber confiado en el presente estudio.

A mi asesora temática, Mg. Dora María Ojeda Arriarán y a la doctora Ana María Llanos por su guía y tiempo durante todo el proceso de la presente investigación.

Y a todas aquellas personas que han contribuido con su aliento para la culminación del presente estudio.

## RESUMEN

Los índices de infertilidad en nuestro país aumentan cada día, motivo por el cual diversos matrimonios no pueden concebir en condiciones naturales por deficiencia biológica o psíquica, apareciendo así las técnicas de reproducción asistida, entre ellas la técnica de “útero subrogado”, objeto de estudio de la presente investigación.

En ese sentido, al analizar la técnica de “útero subrogado” se constata que no existe una regulación en el sistema legal peruano sobre las TERAS mucho menos de la materia objeto de estudio, surgiendo en ese contexto interrogantes sobre la determinación de la maternidad o del nexo filial materno al aplicar el principio *mater semper certa est*, el mismo que viene siendo utilizado como criterio determinante para establecer la maternidad en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que, en la presente investigación se estudia la falta de legislación especial sobre las TERAS y la inaplicación del principio *mater semper certa est* en los casos en que se utilice la técnica de “útero subrogado” para determinar la correcta filiación materna a favor de la madre genética.

### **Palabras Claves:**

Técnicas de reproducción asistida, Técnica de útero subrogado, principio *mater semper certa est*, madre genética, portadora y padres genéticos.

## **ABSTRACT**

Rates of infertility in our country increase every day, which is why various marriages can not conceive in natural conditions due to biological or psychic deficiency, thus appearing assisted reproduction techniques, including the technique of "surrogate uterus", object of study of the present investigation.

In that sense, when analyzing the technique of "surrogate uterus" it is verified that there is no regulation in the Peruvian legal system about TERAS, much less the subject matter of study, and in this context questions arise about the determination of motherhood or maternal filial nexus when applying the principle *mater semper certa est*, the same one that has been used as a determining criterion to establish maternity in our legal system.

Therefore, the present investigation studies the lack of special legislation on TERAS and the inapplicability of the principle *mater semper certa est* in cases in which the technique of "surrogate uterus" is used to determine the correct maternal filiation in favor of the genetic mother.

### **Keywords:**

Assisted reproduction techniques, Technique of surrogate uterus, *mater semper certa est* principle, genetic mother, carrier and genetic parents.

## ÍNDICE

**Agradecimiento**

**Dedicatoria**

**Resumen**

**Índice**

**Tabla de abreviaturas**

**INTRODUCCION..... XI**

### **CAPITULO 1. NOCIONES GENERALES DE LA “MATERNIDAD SUBROGADA” COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN**

**ASISTIDA .....22**

1.1. “Maternidad Subrogada” como alternativa a la infertilidad de las parejas....22

1.2. Nacimiento de la “Maternidad Subrogada” .....25

1.3. Regulación en torno a la “maternidad subrogada” en el Derecho

Comparado .....26

1.3.1 Países que prohíben la “Maternidad Subrogada” .....26

A) Alemania .....27

B) Francia .....28

C) España.....29

1.3.2 Países que regulan y permiten la “Maternidad Subrogada” .....30

A) Brasil.....30

B) Reino Unido .....31

1.3.3 Países que no cuentan con regulación expresa.....35

A) Argentina.....35

A) Colombia .....36

1.4. La mal denominada “Maternidad Subrogada” .....39

1.4.1 Modalidades de la “Maternidad Subrogada” .....41

**CAPITULO 2. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD COMO  
CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE  
“ÚTERO SUBROGADO” .....47**

2.1. Técnica de “útero subrogado” y su diferenciación con la “Maternidad subrogada” .....47

2.1.1 Etimología de “Maternidad Subrogada” .....47

2.1.2 Conceptualización de la Técnica de “útero subrogado” .....49

2.1.3 Características de la Técnica de “útero subrogado” .....53

2.1.4 Enfoques sobre la Técnica de “útero subrogado” .....56

2.2. Principio mater semper certa est .....61

2.2.1 Significación actual .....61

2.2.2 Ruptura del Principio Pauliano: Consecuencias del Principio mater semper certa est en la Técnica de “útero subrogado” .....64

2.3. Determinación de la Maternidad ¿El parto siempre determina la maternidad o existe disociación de lo biológico con lo genético.....65

2.3.1 Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad.....67

A) Teoría de la preferencia de la gestante .....67

A) Teoría de la contribución genética.....68

A) Teoría de la intención .....69

**CAPITULO 3. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD A FAVOR DE LA  
MADRE GENÉTICA Y LINEAMIENTOS JURÍDICOS .....72**

3.1. Importancia de la aplicación de la prueba de ADN en la técnica de “útero subrogado” para la determinación de la filiación .....72

3.1.1 El ADN como material genético .....73

3.1.2 La incorporación de la prueba de ADN en la legislación peruana .....76

A) La prueba de ADN en el Código Civil .....79

3.2. Ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico en torno a la técnica de “útero subrogado” .....	86
3.2.1 Criterio jurisprudencial respecto a la técnica de “útero subrogado” ....	91
3.3. Lineamientos mínimos que debe contener una propuesta legislativa concerniente a la técnica de “úteros subrogado” en el ordenamiento jurídico peruano .....	95
3.3.1 Respecto a la dignidad de la persona especialmente al concebido ...	95
3.3.2 Prevalencia del interés superior del niño y la verdad biológica .....	98
3.3.3 Quienes pueden acceder a la técnica de “útero subrogado”: parejas unidas por vínculo matrimonial .....	104
3.3.4 El respeto al cuerpo de la mujer, así como informar sobre el tratamiento adecuado a las personas involucradas (padres genéticos y mujer gestante).....	107
CONCLUSIONES .....	108
BIBLIOGRAFIA .....	110
ANEXO JURISPRUDENCIAL	

**TABLA DE ABREVIATURAS:**

<b>ADN</b>	:	Acido Desoxirribonucleico
<b>Art.</b>	:	Artículo
<b>C.c</b>	:	Código civil
<b>Exp.</b>	:	Expediente
<b>TC</b>	:	Tribunal Constitucional
<b>TERAS</b>	:	Técnicas de Reproducción Asistida

## **INTRODUCCIÓN**

El Código Canónico demuestra que la esencia de la familia se debe buscar en el matrimonio, es decir, en el mutuo acuerdo al que llegan los contrayentes para formar un hogar; debiéndose entender por “familia” a toda institución natural que establece la disposición a la procreación y educación de los hijos<sup>1</sup>. Dicha institución es reconocida en nuestra Carta Magna en su artículo 4° como instituto natural y fundamental de la sociedad, de la cual surgen principios y valores que van a influir en cada una de las relaciones a nivel social.

No obstante, la realidad social nos demuestra que, diversos matrimonios no pueden concebir a un hijo en condiciones naturales por diversos factores<sup>2</sup> y es ahí, donde aparece la ciencia y la tecnología brindando sus conocimientos y posibilidades inimaginables a su disposición, surgiendo así las técnicas de reproducción asistida, entendiéndose como aquellos métodos técnicos que se

---

<sup>1</sup> Canon 1055 § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. § 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento. Código Canónico, edición bilingüe y anotada a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho Canónico, 2002.

<sup>2</sup> Como la postergación del momento en el que se decide tener hijos, alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales; cambios en la conducta sexual; y eliminación de la mayoría de los tabúes sobre la fertilidad, entre otros. Cfr. SIVERINO-BAVIO, Paula. “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú”, *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, N 3, Vol. 68, 2012, p. 1.

utilizan para suplir en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia<sup>3</sup>, constituyéndose como una alternativa subsidiaria.

Aunado a ello, no se puede dejar de lado que mal manejadas las técnicas de reproducción asistida pueden representar un peligro para la sociedad, puesto que la intervención en los mecanismos de procreación puede degenerarse en una búsqueda de la dominación de los mismos, ya que, estas técnicas dan al hombre poder sobre las decisiones de su destino, pudiendo llevarlo a violar los límites de un razonable dominio de la naturaleza de la reproducción humana. Por tanto, tales técnicas pueden estar al servicio positivo del hombre y al mismo tiempo representar una verdadera amenaza<sup>4</sup>.

Cabe señalar que dentro de la gama de las técnicas de reproducción asistida contamos con la técnica de “útero subrogado”, como método supletorio a la fecundación natural, que busca superar deficiencias fisiológicas, biológicas o psíquicas y permitiría a los esposos tener descendencia.

La presente investigación se orienta<sup>5</sup> a aquel supuesto en que los cónyuges aportan los gametos respectivos (óvulo-espermatozoide), para que una vez fecundados, den lugar a la formación del embrión, el cual será posteriormente implantado en otra mujer, la misma que guardará un vínculo consanguíneo o de afinidad con los cónyuges e impulsada por una finalidad meramente altruista decide ayudar a los mismos para que puedan tener descendencia, y decide llevar adelante el embarazo puesto que, la cónyuge puede producir óvulos pero

---

<sup>3</sup> Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*, Trujillo Editora Normas Legales, 1995, p. 62.

<sup>4</sup> Cfr. AWAD CUCALON, María Inés y DE NARVAEZ CANO, Mónica. Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia, Trabajo de grado para optar al título de Abogadas, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p.5.

<sup>5</sup> Debe precisarse que, en la presente investigación no se abordará sobre la controversia que genera determinar la maternidad en el caso de donación de embrión, en la que una mujer y su cónyuge no guardan relación genética con el niño que dio a luz porque el material genético es aportado por terceras personas y no obstante de ello inscriben al hijo como suyo. En estos casos se estaría probando el hecho de parto y no la identidad del hijo (al decir identidad se refiere a la genética mas no si este niño es resultado del parto) no cumpliendo los dos supuestos establecidos por el Código Civil, sin embargo no se comparte la posibilidad de admitir esta técnica de reproducción asistida.

por razones fisiológicas, biológicas o psíquicas no llega a culminar el embarazo.

Es así que, al analizar la técnica de “útero subrogado” aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *mater semper certa est*, el mismo que viene siendo utilizado como criterio determinante para establecer la maternidad en el ordenamiento jurídico peruano. Por lo que, aquella mujer que diera a luz a un niño es madre legal por imperio de la ley, esto es, automáticamente, lo es en virtud del principio en mención.

En vista de ello, surge la necesidad de remontarse a la historia de la maternidad, la cual presenta un punto de partida y de confluencia inexcusable, en Roma, en donde la célebre máxima pauliana *mater semper certa est* resulta la más notoria como determinante de lo certero del aserto indubitado de la gestación y el parto. En tal sentido, la certeza a la que alude la máxima pauliana se refiere a la certidumbre del hecho natural, directo e indubitado de la gestación y del parto, en tal sentido, sobre la base de dicho principio se ha entendido siempre que la maternidad comporta, a la vez, herencia genética y la relación fisiológica de embarazo y alumbramiento<sup>6</sup>.

Así las cosas, en la época romana, la madre y la filiación materna gozaban desde el punto de vista jurídico de certeza, en virtud a la capacidad natural de la mujer de gestar, lo cual significaba que, con respecto a la maternidad eran todas seguridades, ya que solo la mujer podía dar a luz a un niño y la prueba de ello provenía del parto, hecho objetivamente comprobable<sup>7</sup>. En síntesis, en el principio *mater semper certa est* el parto debidamente acreditado es el hecho que atribuye de pleno derecho la maternidad, puesto que el parto sigue al vientre razón por la cual la maternidad en sentido biológico, es siempre cierta<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, Marcela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2013, p. 329.

<sup>7</sup> Cfr. BORRAJO, María Eugenia. “La “Maternidad Subrogada” ¿Una Técnica de Reproducción Asistida más?”, *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, N° 14, Año IX, 2015, p. 39.

<sup>8</sup> Cfr. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “Determinación de la maternidad por técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, N° 34, Abril 2017, p. 164.

Complementando lo mencionado, el jurista VARSI ROSPIGLIOSI<sup>9</sup>, menciona que

*“el axioma tomado por Paulo del DIGESTO: «Mater semper certa est etiam si vulgo conceperit» (Lib. II, tít.IV, ley 4, § 3), nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el solo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego viéramos llevará en sus brazos entendíamos que era de ella (partus séquitur ventrem, INSTITUTA: 2, 1, 19). El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto, no así la concepción”.*

De lo esbozado, el principio *mater semper certa est*, expresa que el hecho del parto prueba que la mujer gestó a un niño, mas no la forma que la concepción del niño que está en su vientre se haya producido de forma natural o artificial, por lo que, no necesariamente los gametos que formaron al embrión guarden relación genética con la mujer gestante.

Debe indicarse que, el Código Civil Peruano en su artículo 409° instaura el principio *mater semper certa est*, estableciendo que la *“maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”*. Así también, se encuentra de forma implícita dentro de la filiación matrimonial, en el artículo 362° del C.c. el cual señala que *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*.

Al referirse al vínculo de filiación materna, *“el principio que reina la materia es aquel que dispone que es madre del niño aquella que lo alumbra. La filiación materna supone entonces la reunión de dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del hijo cuya mujer ha traído al mundo”*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique. “Declaración Judicial de Maternidad Extramatrimonial” en *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Derecho de Familia (segunda parte)*, TOMO III, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003, pp. 54-55.

<sup>10</sup> MONGE TALAVERA, Luz. “Presunción de Filiación Matrimonial” en *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*, Tomo II, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003, p. 675.

De los artículos antes esbozados, se deduce la potestad que el ordenamiento jurídico otorga al marido de poder reconocer o no a su hijo, no dándole dicha potestad a la madre genética (esto es, el reconocer a su hijo o negarlo).

Esta situación también se ve reflejada en la normativa nacional, cuando el artículo 7º de la Ley General de Salud- Ley N° 26842- aparentemente excluye su utilización, de forma tácita, señalando que *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos....”*, en la técnica de “útero subrogado” no hay coincidencia entre madre genética y mujer gestante.

El ordenamiento jurídico peruano no señala diferenciación alguna entre madre genética y mujer gestante debido a que es inconcebible para el derecho disociar estas figuras, por cuanto el C.c. parte de la realidad que ambos supuestos siempre coinciden en una sola mujer.

Por todo lo antes expuesto, al aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de “útero subrogado” se le otorga la maternidad a la mujer gestante por la prueba del parto, aunque la *“mujer lleve adelante el proceso de embarazo de un niño que genéticamente es de otra mujer”*<sup>11</sup>, con lo cual, no existe una adecuada determinación de la maternidad para los casos en que se utiliza la técnica de “útero subrogado”. En este sentido, es importante proteger al menor nacido mediante de dicha técnica, puesto que tendrá una “madre” que no guarde relación genética con él.

En ese orden de ideas, si bien en el Perú la maternidad es atribuida al hecho del parto y la identidad del hijo, estos presupuestos según el Código Civil y Código de los Niños y Adolescentes Peruano serán necesarios para acreditar

---

<sup>11</sup> MEDINA, Graciela. “Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, *Revista la Ley*, N° 119, 24 de Junio de 1997, p. 1.

dicha filiación constando en el certificado de nacimiento vivo. No obstante, estos presupuestos no resultan suficientes para determinar la maternidad porque no demuestran la verdadera procedencia del material genético, dicho de otro modo, si la madre no guarda vínculo genético con el niño que alumbró, será necesario que el legislador actual busque otros mecanismos para cubrir cierta precariedad en la ley.

En vista de los nuevos avances de la ciencia médica, el principio *mater semper certa est* (la madre siempre se sabe quién es), por el cual el hecho de la maternidad resultaba indubitable y se demostraba con el solo hecho de la gestación, resulta siendo inaplicable en nuestros días, por cuando se dan casos en los que la mujer que ha dado a luz no es la misma que aportó el material genético (óvulo)<sup>12</sup>; con lo cual se desvirtúa el principio *mater semper certa est* que resulta ser la base de las normas de filiación<sup>13</sup> en nuestro ordenamiento jurídico.

En consecuencia, si existe controversia en la determinación de dicha maternidad, el legislador podrá apartarse del principio y fundamentar la precisión de la maternidad basándose en la identidad genética o vínculo genético, que recae en el principio de la verdad biológica, el mismo que “*significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea*”<sup>14</sup>, bajo este principio se busca una adecuada y veraz identidad entre los seres humanos, asistiéndole un derecho reconocido: derecho a conocer su verdadera identidad.

---

<sup>12</sup> Cfr. ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. *Maternidad Subrogada y Filiación a la luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano*, Tesis de Grado presentada como requisito para optar por el Título de Abogadas, Santiago de Calí – Colombia, Universidad San Buenaventura, 2012, p. 24.

<sup>13</sup> Cfr. LÓPEZ DE ARMAS, Karen Margarita y AMADO AMADO, Catalina. “Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada”, *Revista de Derecho Privado*, N° 52, Julio 2014, p. 13.

<sup>14</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor -o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 17 [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art44.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF)

Así pues, el derecho a una verdadera filiación se condice con el derecho a la identidad, que demandan la existencia de normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo<sup>15</sup>, en otras palabras, es de suma importancia el conocimiento del origen biológico dentro de los aspectos de la identidad personal y es lo que se debe preservar en el derecho, teniendo como aspiración de todo ser humano: conocer quienes lo han engendrado.

Por todo lo antes expuesto, se constata que en el ordenamiento jurídico peruano la determinación de la maternidad queda establecida por el hecho del parto y la identidad del hijo, bajo aplicación del principio *mater semper certa es*. Empero, no puede ser exigible la coincidencia de ambos supuestos cuando se pretenda obtener la filiación de los niños nacidos bajo la técnica de “útero subrogado”, siendo importante en estos casos la aplicación de dos supuestos: la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la maternidad.

De esta forma, se obtendrá con precisión una adecuada filiación, no dañando los intereses del niño nacido bajo la técnica de “útero subrogado”, por el contrario, se logrará la coincidencia entre la maternidad genética y la maternidad legal. En este orden de ideas, deberá de realizarse la prueba de ADN que servirá como sustento ineludible que sustente la existencia del vínculo genético entre la mujer aportante del óvulo y el niño resultado de la técnica, logrando determinar la verdad genética del menor; caso contrario, se estaría vulnerando su derecho a la identidad, derecho fundamental de la persona e inherente al ser humano, situación que no permitiría al niño desarrollarse en un entorno psicoemocional adecuado.

---

<sup>15</sup> Cfr. Proyecto de Ley N° 4962/2015-CR. *Ley que permite la declaración notarial de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada*. 2015 [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en: <http://enfoquederecho.com/wp3/wp-content/uploads/2015/11/Proyecto-de-Ley-que-permite-declaraci%C3%B3n-notarial-de-paternidad-extramrimonial-de-hijo-de-casada.pdf> También es citado en ZENERE, Gisela Guillermina y BELFORTE, Eduardo Ariel. *El Poder y el Derecho a la verdad biológica*. 2017. [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en: <http://www.anupa.com.ar/articulos/page11.html>

En ese contexto, y estando a la evolución actual de la estructura familiar resulta necesario que el Derecho se adecue a las nuevas realidades que se traducen en puntuales demandas sociales y jurídicas.

Por lo que, si ya, la aplicación de la técnica de “útero subrogado” genera controversias jurídicas, se agrava en gran medida al vacío normativo existente sobre la determinación de la filiación materna en los casos de “útero subrogado”, debido a que se crearía una confusión al señalar como “madre” a aquella mujer que “utilizó” su útero para gestar a un niño que genéticamente no es suyo, y no a la mujer que aportó el material genético pero que no puede llevar a término un embarazo. En consecuencia, por el dinamismo de las relaciones sociales se hace necesaria una regulación estricta y oportuna de esta técnica de reproducción asistida para dar a la sociedad la seguridad del buen manejo de los avances científicos.

Sobre la base de lo explicado precedentemente cabe preguntarse: **¿Cuáles son los límites de la aplicación del principio *mater semper certa est* en los casos de “útero subrogado”?**

Si se aplica el principio *mater semper certa est*, regulado en el Código Civil Peruano, en la determinación de la filiación del menor nacido bajo la técnica de “útero subrogado” entonces habrá una inadecuada determinación de la maternidad a favor de la mujer gestante, demostrándose la disociación existente entre madre genética y mujer gestante. Puesto que, de acuerdo a lo señalado, resulta de vital importancia la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la maternidad de los menores nacidos bajo la técnica de “útero subrogado”.

Para el desarrollo de lo antes precisado se realiza un estudio doctrinario, legislativo y jurisprudencial sobre las Técnicas de Reproducción Asistida en el ordenamiento jurídico, nacional e internacional. Asimismo se hace un estudio exegético de la técnica de “útero subrogado” y del principio *mater semper certa*

est con el propósito de efectuar la correcta determinación de la maternidad del menor nacido mediante la técnica objeto de estudio de la presente investigación.

En el presente estudio se plantea como objetivo general, determinar la inaplicación del principio *mater semper certa est* en el reconocimiento del menor nacido mediante “útero subrogado” para la correcta precisión de la maternidad; y como objetivos específicos se plantea: primero, determinar la regulación de la técnica de “útero subrogado” aplicando el principio de identidad genética y argumentar la necesidad de establecer limitaciones a la aplicación de la técnica de “útero subrogado”.

El primer capítulo está dedicado al estudio de la “maternidad subrogada” como alternativa a la infertilidad de las parejas, asimismo se aborda un panorama general de lo que sucede en otros países en cuanto a la “maternidad subrogada” clasificándolo en aquellos que lo prohíben, lo permiten o los que no han regulado de manera expresa, esto es, se da a conocer como muchos países afrontan la problemática de la “maternidad subrogada” desde diversas aristas y del mismo modo se aborda la mal denominada “maternidad subrogada”. En el segundo capítulo se propone denominación de técnica de “útero subrogado” dando a conocer su conceptualización y sus respectivas características, así como también se analiza el principio *mater semper certa est* a la luz de nuestro ordenamiento jurídico y las consecuencias del axioma romano en la técnica de “útero subrogado” para poder explicar la disociación de lo biológico con lo genético.

El análisis del tercer capítulo tiene como referencia desarrollar la importancia de la prueba del ADN en los casos de menores nacidos mediante la técnica de “útero subrogado” a fin de determinar el real nexo filial materno del menor, y en dicho acápite se analiza la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico en torno a la técnica de “útero subrogado”, y se expone el criterio jurisprudencial respecto a la técnica “útero subrogado”. Entonces, habiendo demostrado la colisión entre la técnica de “útero subrogado” y el axioma

romano *mater semper certa est*, se propone lineamientos mínimos que debe contener una propuesta legislativa en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

En el presente estudio pretendemos regular el procedimiento para llevar a cabo la técnica de “útero subrogado” cuando sea practicada como método reproductivo no sustitutorio, debido a que su aplicación solo puede darse en tanto se busque *“superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficientes... En ese sentido, no constituyen un método alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona”*<sup>16</sup>; y siempre que se lleve a cabo en un matrimonio legalmente constituido, bajo los lineamientos que se establecerá en la presente investigación.

En efecto, no se puede soslayar el hecho de que el “útero subrogado” llevado hasta sus últimos extremos puede colisionar con algunos valores de una sociedad que hacen de la persona y de su dignidad el fin supremo. Desde esta perspectiva, no resulta aceptable su utilización con fines comerciales, genéticos o discriminatorios. El único fin, aceptable de la técnica de “útero subrogado” es coadyuvar con un rol humanitario, es decir, la portadora ayuda a los esposos a que logren tener descendencia amparados en la voluntad procreacional.

También se orienta la investigación al análisis de los antecedentes y/o de los hechos relacionados con la técnica de “útero subrogado” así como también al análisis de la falta de normativa específica dirigida a regular los parámetros de las nuevas Técnicas de Reproducción Asistida, como ocurre en el tema objeto de la investigación, de tal forma no se desprotegerá al hijo nacido bajo estas técnicas y no habría duda sobre la maternidad en el marco del Código Civil Peruano de 1984 y de la doctrina nacional y extranjera.

---

<sup>16</sup> CANALES TORRES, Claudia. “Madre ¿Hay una sola? A propósito el primer fallo de la Corte Suprema referente a la reproducción asistida”, *Dialogo con la jurisprudencia*, N° 121, Año 14, octubre 2008, p. 33.

En consecuencia, resulta necesario una respuesta legislativa, pero mientras ello no ocurra, en la presente investigación se propone lineamientos que debe contener una propuesta legislativa en nuestro ordenamiento jurídico a la aplicación de la técnica de “útero subrogado”, los cuales al ser válidamente verificados podrán tener por acreditada la existencia de la maternidad a favor de la madre genética.

La Autora

## **CAPÍTULO 1**

### **NOCIONES GENERALES DE LA “MATERNIDAD SUBROGADA” COMO TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El primer capítulo está dedicado al estudio de la “maternidad subrogada” como alternativa a la infertilidad de las parejas, asimismo se aborda un panorama general de lo que sucede en otros países en cuanto a la “maternidad subrogada” clasificándolo en aquellos que lo prohíben, lo permiten o los que no han regulado de manera expresa, esto es, se da a conocer como muchos países afrontan la problemática de la “maternidad subrogada” desde diversas aristas y del mismo modo se aborda la mal denominada “maternidad subrogada”, analizando las diversas modalidades de la “maternidad subrogada”.

#### **1.1 La “Maternidad subrogada” como alternativa a la infertilidad de las parejas**

La presente propuesta tiene como punto de partida el aumento de casos de infertilidad, calculándose aproximadamente, que un millón de peruanas tienen problemas para concebir<sup>17</sup> de manera natural.

---

<sup>17</sup> Cfr. VARGAS TOMINAGA, Luis Alberto; PELLA, Ricardo y otros. “Diez años de reproducción asistida de alta complejidad en los Andes del Perú, *Revista de Ginecología y Obstetricia*”, N° 4, Vol. 62, 2016, p. 356. A mayor abundamiento puede revisarse las notas periodísticas: AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS. *Médico explica el porqué del aumento de infertilidad en hombres y mujeres en Perú*, 03 de junio de 2016, Ubicado [21.VI.2017] Obtenido en: <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-medico-explica-porque-del-aumento-infertilidad-hombres-y-mujeres-peru-615441.aspx>; DIARIO CORREO. *Unas 15 de cada 100 parejas en el Perú tienen problemas de infertilidad*, 30 de agosto de 2016, Ubicado [21.VI.2017] Obtenido en: <http://diariocorreo.pe/ciudad/unas-15-de-cada-100-parejas-en-el-peru-tienen-problemas-de-infertilidad-694926/>; DIARIO LA REPUBLICA. *El factor edad en la fertilidad masculina*,<sup>14</sup> de

Actualmente la Organización Mundial de la Salud, describe a la infertilidad como una *“enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”*<sup>18</sup>; presentándose la misma como la *“incapacidad para llevar a término un embarazo normal. Puede producirse por fallas en la fecundación, implantación o desarrollo del producto dentro del útero”*<sup>19</sup>.

Para la doctora MOSQUERA VÁSQUEZ<sup>20</sup>, “las causas de infertilidad de la mujer son:

- Fisiológicas: prepubertad, menopausia, la vagina ácida.
- Patológicas: incapacidad productiva de óvulos por disfunción de ovarios.
- Locales: malformaciones o patología de los diferentes órgano internos y externos de la reproducción de la mujer como: vulvares (atresia o estrechez de la entrada de la vagina, soldadura de los grandes labios, imperforación del himen, cicatrices vulvares por quemaduras o accidentes, elefantiasis de los labios o del clítoris, hernias de los labios), uterinas (agenesia o falta de vagina, estrechez u obstrucción congénita de la vagina, procesos infecciosos, etc.), tubarias (impermeabilidad de las trompas de falopio por procesos inflamatorios o infecciones) y ováricas (agenesia de ovarios-falta congénita, atrofia congénita o adquirida por lesiones graves de los ovarios”.

Cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamientos farmacológicos, surgieron las Técnicas de Reproducción Asistida (en adelante TERAS) brindando posibilidades inimaginables, siendo una ellas

---

junio de 2015, Ubicado [21.VI.2017] Obtenido en: <http://larepublica.pe/impresasalud/7557-el-factor-edad-en-la-fertilidad-masculina>

<sup>18</sup> ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G. D., DE MOUZON J. y otros. *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Organización Mundial de la Salud, 2010, p. 7.

<sup>19</sup> GARZA GARZA, Raúl. *Bioética: La Toma de Decisiones en Situaciones Difíciles*, México D.C., Editorial Trillas; 2000, p. 190.

<sup>20</sup> MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *Derecho y Genoma Humano*, Lima, Editorial San Marcos, 1997, pp. 31-32.

la “maternidad subrogada”, considerándose como “*métodos de colaboración que permiten a las personas infértiles la posibilidad de tener descendencia*”<sup>21</sup>. Es así, que miles de parejas actualmente acuden a estas técnicas ante la imposibilidad de tener sus propios hijos de modo natural, obteniendo una esperanza, que de otro modo no sería posible<sup>22</sup>.

Respecto a las TERAS, el jurista VARSÍ ROSPIGLIOSI<sup>23</sup> señala que estas constituyen métodos supletorios y no alternativos. Supletorios, en la medida que buscan superar una deficiencia biológica o psíquica que impide tener descendencia cuando otros métodos han fracasado o resultado ineficaces de manera tal que, como acto médico robustecen el derecho a la salud (poder tener descendencia); y no es alternativo, pues siendo la finalidad directa la procreación, ésta no puede estar supeditada a la mera voluntad de la persona.

Es importante recalcar que, las TERAS deben ser usadas de forma consciente, sensata y en especial como una opción terapéutica más no sustituta, es decir, no debe ser de ninguna manera un medio o un camino para evadir las molestias del embarazo<sup>24</sup>.

Como resultado, de los índices crecientes de infertilidad y los avances tecnológicos, las parejas tienden a recurrir a las técnicas de reproducción asistida; no obstante como consecuencia de la utilización de estos, se generan mayores conflictos jurídicos, siendo que alguno de estos se han ventilado en el Poder Judicial.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>22</sup> Cfr. AWAD CUCALON, María Inés y DE NARVAEZ CANO, Mónica. *Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia*, Trabajo de grado para optar al título de Abogadas, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 29.

<sup>23</sup> Las técnicas de reproducción asistida son aquellos métodos técnicos que sirven para suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia; en ningún caso se puede decir que representan una terapia puesto que nada curan, solamente palían los efectos de la esterilidad. Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, Lima, Editorial Grijley, 2001, pp. 253-254.

<sup>24</sup> Cfr. PARRAGUEZ, Luis y VILLAGÓMEZ ROMERO, María Gabriela. *Régimen jurídico sobre la maternidad subrogada en el Ecuador*, Tesis para optar el Grado de Abogado, Quito-Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, 2007, p. 20.

## **1.2 Nacimiento de la “maternidad subrogada”**

El tema de la “maternidad subrogada” *per se* resulta controversial, en ese sentido surge la necesidad de remontarse a su origen.

A manera de antecedentes, podemos señalar que la “maternidad subrogada” aparece en las noticias por primera vez en 1975 en California, Estados Unidos, cuando un periódico de esa ciudad publica un anuncio solicitando a una mujer para ser inseminada artificialmente, a pedido de una pareja infértil, y que por este servicio ofrecía una contraprestación<sup>25</sup>.

Esta publicación y las que siguieron favorecieron la creación de las sociedades de préstamos de úteros, siendo así que, en 1976 Noel Keane creó la primera *Surrogate Family Service Inc.*, con la finalidad de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando todos los trámites necesarios para la subrogación<sup>26</sup>.

En el año 1979, en la ciudad de Louisville-Kentucky, Estados Unidos de Norteamérica, Richard Levine fundó la sociedad de préstamo de úteros, denominándola “*Surrogate Parenting Associates*”. A través de esta agencia se elegía a las madres portadoras que se comprometían a ser inseminadas y a gestar, para luego entregar al niño a los que contrataban este servicio<sup>27</sup>.

En 1982, en Francia, el Doctor Sacha Geller fundó el Centro de Investigaciones de Técnicas de Reproducción Asistida (CEFER), asociación destinada a poner en contacto matrimonios y parejas infértiles con futuras madres portadoras. Siendo, conocido en todo el mundo el caso de las gemelas Cristine y Magali, de La Grande Motte, localidad de Hevearl; en la que Cristine fue inseminada

---

<sup>25</sup> Cfr. MARTÍNEZ-PEREDA RODRIGUEZ, J.M. y MASSIGOGE BENEIGU, J.M. *La Maternidad portadora, subrogada o por encargo en el Derecho Español*, Madrid, Dyckinson, 1994, p. 180.

<sup>26</sup> Cfr. RUIZ MARTINEZ, Roció. *Maternidad Subrogada “Revisión Bibliográfica”*, Trabajo de fin de grado del departamento de Enfermería, España, Universidad de Cantabria, 2013, p. 8

<sup>27</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia. “Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México”, *Dikaion-Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, N° 2, Vol. 24, Diciembre 2015, p.358.

artificialmente con esperma de su cuñado, Denis Sevault, marido de su hermana gemela. De esta forma, en el año de 1983, la portadora dio a luz un niño, y manifestó haber aceptado el embarazo y parto por el profundo amor que sentía por su hermana gemela, debido a que ella no podía procrear<sup>28</sup>.

Otro de los casos más resonantes y que volcó toda la atención pública fue el denominado caso “Baby M.” ocurrido en 1985, en Estados Unidos. El problema apareció cuando una mujer embarazada, tras un acuerdo de “maternidad subrogada” mediante contrato previo firmado por ambas partes, una vez nacida la hija, se arrepintió de entregarla al matrimonio contratante y decidió quedarse con ella, puesto que dicha mujer había sido inseminada con espermatozoides del varón de la pareja contratante y el conflicto de intereses terminó en los tribunales de justicia. Tras un arduo proceso con muchas apelaciones por ambas partes, se decidió darle la custodia al varón y el derecho de visita a la madre sustituta<sup>29</sup>.

### **1.3 Regulación en torno a la “Maternidad Subrogada” en el Derecho Comparado**

Los diversos casos en el mundo en torno a los conflictos que genera la “maternidad subrogada”, ha generado que muchos países afronten la problemática desde diversas aristas, regulándolo o no, por lo que; se procederá a abordar un panorama general de lo que sucede en otros países en cuanto a su legislación sobre la “maternidad subrogada”, clasificándose en aquellos que lo prohíben, lo permiten o los que no lo han regulado de manera expresa.

#### **1.3.1 Países que prohíben la “Maternidad Subrogada”**

---

<sup>28</sup> Cfr. GUZMAN ÁVALOS, Aníbal. “La Subrogación de la maternidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 20, 2007, p. 118.

<sup>29</sup> Cfr. RUIZ MARTINEZ, Roció... Op. Cit., p.8.

## **A) Alemania**

La legislación alemana prohíbe expresamente la “maternidad subrogada”, con la sanción de la Ley de Protección del Embrión N° 745/90<sup>30</sup>, que en su articulado sanciona la utilización abusiva de las técnicas de reproducción asistida señalando:

***“Artículo 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.***

*Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo; 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo; 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo; 6) Retirara un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.”*

Por lo dispuesto esta normativa sanciona principalmente a los profesionales de la salud que pretendan realizar este tipo de transferencias embrionarias.

Por su parte, el Congreso Médico Alemán estableció que la maternidad subrogada debería rechazarse por los peligros que entraña para el menor, debido a que podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y de

---

<sup>30</sup> Ley Alemana de Protección al Embrión fecha 13 de diciembre de 1990. Obtenido en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14633/000123185.pdf?sequence=1>

Asimismo este artículo, además, señala que

2. Será sancionado con las mismas penas: 1) Quien favoreciera la penetración artificial de un espermatozoide humano en un óvulo humano, o. 2) Introdujera artificialmente un espermatozoide humano en un óvulo humano, con un fin distinto que el de iniciar un embarazo en la mujer de donde proviene el óvulo.

3. No serán sancionadas: 1) En los casos contemplados en el párrafo 1, incs. 1,2 y 6, la mujer de la cual proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo, o a quien se hubiera previsto transferir el embrión. 2) En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 7, la madre de sustitución, ni tampoco la persona que desea tomar a su cargo el niño en forma definitiva. 4. En los casos contemplados en el párrafo 1, inc. 6 y párrafo 2, la tentativa es pasible de sanción penal.

la transferencia de embriones<sup>31</sup>.

Pero realizando un análisis más profundo se observa que la normatividad alemana, recoge en la séptima hipótesis de reproducción asistida prohibitiva, y sancionable la maternidad subrogada, puesto que, para la ley la madre es aquella que ha dado a luz.

Por otro lado, ante el hecho consumado, no prescribe una protección válida de interés del menor nacido dejándolo a cargo de quien no tenía intenciones de ser su madre, con todos los riesgos que ello implica tratándose de la parte más débil en estas situaciones<sup>32</sup>.

## **B) Francia**

En el Derecho Francés la prohibición definitiva tuvo lugar en 1994, al considerar en el artículo 16-7 del Código Civil Francés<sup>33</sup> que *“Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”* debiéndose entender por aplicación del artículo 16-9<sup>34</sup> del mismo Código, que tal nulidad es de orden público.

No hay que olvidar que, en el derecho francés, a la prohibición civil se acompaña una tipificación penal, que castiga como atentado a la filiación tanto la incitación al abandono del niño y el hecho de intermediar entre los

---

<sup>31</sup> Cfr. GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *Maternidad Subrogada. Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado (Primera Parte)*, Cámara de Diputados, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior, Centro de Documentación, Información y Análisis, México D.F., Octubre 2010, [Ubicado el 11.VI.2017] Obtenido en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

<sup>32</sup> Cfr. PARRA MARTÍNEZ, Carolina. *Implicaciones en Materia Penal de la “Maternidad Subrogada” en Colombia*, Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Diciembre 2016, p. 18, [Ubicado el 11.VI.2017] Obtenido en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/15278/3/PARRA%20MARTINEZ%20CAROLINA%202017.pdf>

<sup>33</sup> Fue introducida la prohibición en el Código Civil Francés a través de la Ley de Bioética - Ley N° 1994-653, de fecha 29 de julio de 1994.

<sup>34</sup> Artículo 16-9: Las disposiciones del presente capítulo son de orden público.

interesados<sup>35</sup> como la simulación o engaño que cause infracción a la filiación de aquel<sup>36</sup>. Y ello sin perjuicio de la imposibilidad civil de establecer la filiación en relación con los padres de intención<sup>37</sup>.

Debe precisarse que, el Ministerio de Justicia de Francia a través de la Circular del 25 de enero de 2013 ha ordenado a los Tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, de padre genético francés, por el método de la gestación por sustitución. Todo ello, por las grandes críticas y problemáticas que se estaban generando como consecuencia de las resoluciones de los Tribunales<sup>38</sup>.

### **C) España**

En España los acuerdos de maternidad subrogada se encuentran prohibidos a través de lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley 14/2006<sup>39</sup>, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que textualmente expresa:

***Artículo 10. Gestación por sustitución.***

*1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.*

---

<sup>35</sup> *Artículo 227-12 Código Penal Francés:* El hecho de provocar, bien con fines lucrativos, o mediante dádiva, promesa, amenaza o abuso de autoridad, a los padres o a uno de ellos a abandonar a un niño nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 50.000 francos.

El hecho de intermediar, con fines lucrativos, entre una persona deseosa de adoptar un niño y un padre deseoso de abandonar a su hijo nacido o por nacer será castigado con seis meses de prisión y multa de 50.000 francos.

Será castigado con las penas previstas en el segundo párrafo el hecho de intermediar entre una persona o una pareja deseosa de acoger un niño y una mujer que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo.

La tentativa de las infracciones previstas en los párrafos segundo y tercero del presente artículo será castigada con las mismas penas

<sup>36</sup> *Artículo 227-13 Código Civil Francés:* La sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño serán castigados con tres años de prisión y multa de 300.000 francos. La tentativa será castigada con las mismas penas.

<sup>37</sup> Cfr. Cfr. PARRA MARTÍNEZ, Carolina... Op. Cit., p. 17.

<sup>38</sup> Cfr. PAZ MARTÍN, Pablo. *Maternidad Subrogada: Eficacia en España de las Certificaciones Extranjeras*. Trabajo de fin de grado curso para obtener el grado de Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Girona, 2015, p. 15.

<sup>39</sup> Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de fecha 26 de mayo de 2006 (LTRHA). Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>

2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*

3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

De modo que, según la legislación española, la filiación está determinada por el parto, con independencia de que la madre gestante, haya aportado o no el óvulo y de que el hombre de la pareja contratante, haya aportado o no el semen. Además, la gestación por sustitución es nula de pleno derecho en España a cargo de una mujer que renuncia a sus derechos sobre el recién nacido y a favor de otra mujer o de un tercero, ya sea con o sin precio.

### **1.3.2 Países que regulan y/o permiten la “Maternidad Subrogada”**

En segundo lugar están aquellos países en que la “maternidad subrogada” es legal, siempre que sea altruista como: Brasil, México y Reino Unido.

#### **A) Brasil**

En Brasil no existe una legislación específica, no obstante la Resolución del CFM N° 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, la misma que fue derogada por la Resolución del CFM N° 1957/2010<sup>40</sup> establece en su sección VII textualmente:

#### ***VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)***

*As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.*

*1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.*

---

<sup>40</sup>La Resolución de CFM N ° 1957/2010 del Consejo Federal de Medicina, fue publicado en la Gaceta Oficial del 6 de enero de 2011.  
[http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)

*2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial<sup>41</sup>.*

En ese sentido la legislación brasileña prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica, bajo el tenor que la donación temporal de útero nunca tendrá carácter lucrativo o comercial, estando permitido dicho procediendo en aquellos supuestos en que exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética, en donde la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica en una relación de parentesco hasta el segundo grado. El Consejo Federal de Medicina ha bautizado este procedimiento como “vientre solidario”.

## **B) Reino Unido**

En Reino Unido debido a la falta de legislación sobre la “maternidad subrogada” y a la ansiedad suscitada en la sociedad sobre el mismo, el parlamento en 1984 encargó la confección de un reporte, el cual fue presidido por la filósofa Mary Warnock quien entregó el denominado “Informe Warnock” a la “Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología Humana”<sup>42</sup>. La doctora LAUSENGUI GUILLOT<sup>43</sup> destaca del Informe Warnock sobre la “maternidad subrogada” lo siguiente:

*“1° Aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, como consecuencia, la inexigibilidad de tales pretensiones ante los tribunales. Según la Subrogacy Arrangement Acta 1985 para el Reino Unido de Gran Bretaña e*

---

<sup>41</sup> La donación temporaria de útero donde las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta debe pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

<sup>42</sup> Este informe recomendó la aprobación de una legislación que permitiera la investigación con cualquier embrión resultante de una fertilización invitro hasta catorce días luego de la fertilización, en ese sentido dicho informe buscaba determinar el estatus de los embriones concebidos artificialmente y hallar la justificación que permitiera su manipulación durante un periodo de tiempo. Cfr. ARTETA ACOSTA, Cindy. “Maternidad Subrogada”, *Revista de Ciencias Biomédicas*, N° 2, Febrero 2011, p. 95.

<sup>43</sup> LAUSENGUI GUILLOT, Rosa Adela. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, N° 7, 1994, p. 328.

*Irlanda del Norte, se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada.*

*2° Prohíbe asimismo la citada normativa:*

- a) *Iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación.*
- b) *Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.*
- c) *Recopilar cualquier información con el propósito de su utilización o negociación de acuerdos de maternidad subrogada”.*

De ello se deriva que la maternidad subrogada no puede considerarse ilegal en Gran Bretaña siempre y cuando sea *ad honorem*; pero una vez que efectué el pago, ambas partes (sustituta y contratantes) pueden ser acusadas de infringir la Adoption Act de 1985<sup>44</sup>.

Siendo así, en Reino Unido se realiza la técnica de “maternidad subrogada” siempre y cuando se celebre a título gratuito y bajo la supervisión de Human Fertilization and Embriology Authority, entidad encargada de regular la investigación y el tratamiento de la fertilidad humana.

En ese sentido, la Ley de Fertilización Humana y Embriología<sup>45</sup> establece textualmente que:

**“Artículo 30. Disposiciones de los padres en favor de los donantes de gametos**

*1. El tribunal podrá acordar que un niño sea considerado en derecho como hijo de un matrimonio (a cuyas partes se refiere el presente artículo como “el marido” y “la mujer”) si:*

- a) *El niño ha sido llevado en su seno por una mujer distinta de la esposa como resultado de habersele insertado un embrión o esperma y óvulos, o por inseminación artificial.*
- b) *Los gametos del marido o de la esposa, o de ambos, hubieren sido utilizados para la generación del embrión,*
- c) *Se cumplen las condiciones contenidas en los apartados 2 a 7 siguientes.*

*2. El marido y la esposa deberán solicitarlo dentro de los seis meses del nacimiento del niño o, en el caso de que el niño haya nacido*

<sup>44</sup> Cfr. RUIZ MARTINEZ, Roció... Op. Cit., p. 18.

<sup>45</sup> Ley de Fertilización Humana y Embriología, fecha 01 de noviembre de 1990. Obtenida en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>

*antes de la entrada en vigor de esta Ley, dentro de los seis meses siguientes a dicha entrada en vigor.*

*3. En el momento de la solicitud y de la resolución judicial:*

*a) El domicilio del niño deberá ser el del marido y la esposa.*

*b) El marido, la esposa o ambos, deberán estar domiciliados dentro del Reino Unido, o en las Islas del Canal de la Mancha o en la Isla de Man.*

*4. En el momento de dictarse resolución, tanto el marido como la esposa deberán tener más de dieciocho años.*

*5. El tribunal deberá tener la seguridad de que tanto el padre del niño (incluso si es la persona considerada como padre en virtud del artículo 28 de esta Ley), si no es el marido, como la mujer gestante del niño, libremente y con pleno conocimiento de lo que ello implica, han aceptado incondicionalmente la decisión judicial.*

*6. Lo establecido en el apartado 5 anterior no requiere el consentimiento de una persona que no pueda ser hallada o fuere incapaz para otorgar su consentimiento. Además, la aceptación de la mujer gestante del niño no será válida a los efectos de dicho apartado si fuere dada antes de las seis semanas siguientes el nacimiento del niño.*

*7. El tribunal deberá comprobar que ningún dinero u otro beneficio (o salvo los gastos razonables que se hayan producido) ha sido dado o recibido por el marido o por la esposa para con vistas a:*

*a) Que se produzca la decisión.*

*b) Cualquier acuerdo exigible según el apartado 5 anterior.*

*c) La entrega del niño al marido y a la esposa o*

*d) La conclusión de acuerdos para que se produjera la decisión judicial, a menos que el propio tribunal lo autorice.*

*8. Para las solicitudes o peticiones que se formulen al amparo de este artículo: se aplicará a propósito de este artículo y para determinar el significado de “el tribunal”, el artículo 92, apartados 7 al 10 y la Parte I del Apéndice 11 de la Ley de Filiación de 1989 (jurisdicción de los tribunales), y tal y como se aplican a los efectos de dicha Ley, para el procedimiento de solicitud se utilizará el “procedimiento de familia” de esa Ley.*

*b) En Escocia se atenderá por “el tribunal” el Tribunal de Sesión o el Juzgado del partido judicial en que se encuentre el niño.*

*c) En Irlanda del Norte se entenderá por “el tribunal” el Tribunal Superior o cualquier tribunal del condado en que se halle el niño.*

*9. Se establecerán por vía reglamentaria:*

*a) Todos los preceptos legales para que la adopción produzca efecto, con las modificaciones (si existen) que puedan ser especificadas en dichas normas respecto de las decisiones reguladas en este artículo, así como las instancias para que dichas decisiones se tomen con efectos relativos a la adopción, así como las instancias de adopción.*

*b) Que todas las referencias legales sobre adopción, niños adoptados, o relaciones adoptivas deban considerarse*

*(respectivamente) como hechas a los efectos de decisiones adoptadas la virtud de este artículo, y del mismo modo serán considerados los niños a quienes esas decisiones se apliquen, las relaciones surgidas en virtud de las normas legales sobre adopción, aplicadas según lo que se disponga por vía reglamentaria, y cualquier otra expresión similarmente relacionada con la adopción. Las normas reglamentarias incluirán los preceptos incidentales o suplementarios que parezcan necesarios o conocimientos al secretario de Estado en relación con las medidas tomadas en virtud de las letras a) o b) anteriores.*

*10. El presente artículo se entiende por "normas legales sobre adopción" la Ley de Adopción de 1976, la Ley de Adopción para Escocia de 1978, y la Ordenanza de Adopción para Irlanda del Norte de 1987.*

*11. Será aplicable la letra a) del apartado 1 se halle la mujer en el Reino Unido o en cualquier otra parte al tiempo de implantarse en ella el embrión o el espermatozoides o su inseminación artificial".*

De la normativa en mención, se puede extraer lo siguiente:

- Cuando se utilice una técnica de reproducción asistida como la "maternidad subrogada", se iniciará un proceso en el Tribunal de Menores de Edad del Estado, el cual permitirá que el niño sea tratado como hijo de las personas que se sometieron ante dicho Tribunal.
- El proceso se deberá iniciar dentro de los seis meses después de ocurrido el nacimiento del niño, el cual debe ser solicitado por el hombre y la mujer que utilizaron la técnica. En caso que el niño haya nacido antes de la entrada en vigor de la ley, se deberá registrar dentro de los seis meses siguientes.
- Para solicitar la orden ante el Tribunal deberá de tener la esposa cuando menos 18 años de edad.
- Deben estar de acuerdo para que proceda la solicitud de la orden, la esposa, el esposo y la mujer que llevo el embarazo, siendo función del Tribunal constatar este hecho.
- El proceso para realizar el reconocimiento de los hijos nacidos como resultado de la utilización de la técnica, es similar a la adopción porque los padres acuden al Tribunal de Menores para

solicitar una orden y así lograr que se cree el vínculo filiatorio legal.

Al respecto, se precisa que, la Surrogacy Arrangements Act 1985 fue modificada por la Acta de Fertilización y Embriología Humana de 2008, por la cual, concretamente en su precepto 42, *extiende la posibilidad de que se establezca la filiación del menor respecto de las personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo*<sup>46</sup>.

### **1.3.3 Países que no cuentan con regulación expresa**

#### **A) Argentina**

En la legislación argentina ser madre o padre tiene tres vías factibles, el Código Civil Argentino vigente funda dos de ellas en el artículo 240<sup>47</sup>: la filiación por naturaleza y la filiación por adopción; y la tercera forma, contemplada en la Ley N° 26.862 sancionada en 2013<sup>48</sup>, garantiza el acceso gratuito a procedimientos médicos para que los ciudadanos puedan procrear.

En Argentina, la maternidad se atribuye por el hecho del parto, lo cual se verifica del Código Civil, en su artículo 242.

#### ***CAP. II – DETERMINACION DE LA MATERNIDAD***

***Art.242.-*** *La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta*

<sup>46</sup> LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho-InDret*, N° 3, Julio 2012, p. 13.

<sup>47</sup> Art.240 del Código Civil Argentina: La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código.

<sup>48</sup> Ley N° 26.862. Reproducción medicamente asistida. Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, promulgada el 25 de junio de 2013. Obtenido en:

[http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/obligatorias/723\\_et\\_ica2/material/normativas/ley\\_26862\\_y\\_reglamentacion.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_et_ica2/material/normativas/ley_26862_y_reglamentacion.pdf)

*inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido.*

Concerniente a la maternidad subrogada no existe aún regulación legal en la república Argentina, esto es, no está prohibida ni permitida legalmente. No obstante, dicha práctica fue regulada en el artículo 562 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación<sup>49</sup>, pero la Comisión Bicameral decidió eliminar esta norma; es decir no ha quedado expresamente prohibida y si se realizara la práctica, la filiación del niño nacido quedará a la discrecionalidad judicial<sup>50</sup>.

Con lo cual, pese a la ausencia de una Ley que regule la maternidad subrogada, en la práctica ésta se realiza, aunque mediante varios subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos y, por lo tanto, esta persona no incurriría en un reconocimiento complaciente al ser, efectivamente, el padre biológico y procediendo después su esposa a solicitar la adopción de integración<sup>51</sup>.

## **B) Colombia**

En el marco de la “maternidad subrogada” en la legislación civil colombiana se estipula lo siguiente:

---

<sup>49</sup> *CAPITULO 2: Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida*

*Artículo 560.-Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.*

*Artículo 561.-Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.*

*Artículo 562.-Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.*

<sup>50</sup> Cfr. DUPRAT, Carolina. “Gestación por Sustitución: Cuando la realidad impone dar respuestas”, *Revista de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires – Estilo Caja*, N° 52, Año XII, Mayo 2016, p. 7.

<sup>51</sup> Cfr. CRUZ MENDEZ, José Manuel. “La Maternidad Subrogada”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXX, 2012-2013, p. 647.

**“Artículo 335: Impugnación de la maternidad**

*La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero. Tienen el derecho de impugnarla:*

- 1) El marido de la supuesta madre y la misma madre supuesta, para desconocer la legitimidad del hijo.*
- 2) Los verdaderos padre y madre legítimos del hijo para conferirle a él, o a sus descendientes legítimos, los derechos de familia en la suya.*
- 3) La verdadera madre para exigir alimentos al hijo.*

**Artículo 337: Terceros Titulares de la Acción**

*Se concederá también esta acción a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre.*

**Artículo 338: Falso Parto**

*A ninguno de los que hayan tenido parte en el fraude de falso parto o de suplantación, aprovechará en manera alguna el descubrimiento del fraude, ni aun para ejercer sobre el hijo los derechos de patria potestad o para exigirle alimentos, o para suceder en sus bienes por causa de muerte.”*

Asimismo, el Decreto N° 1260 de 1970 Nivel Nacional<sup>52</sup> de Colombia, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas prescribe:

**“Artículo 49.-** *El nacimiento se acreditará ante el funcionario encargado de llevar el registro del estado civil mediante certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles.*

*Los médicos y las enfermeras deberán expedir gratuitamente la certificación.*

*Los testigos declararán ante el funcionario sobre los hechos de que tengan conocimiento y la razón de éste, y suscribirán la inscripción.*

*El juramento se entenderá prestado por el solo hecho de la firma”.*

---

<sup>52</sup> Decreto N° 1260 de 1970 Nivel Nacional de Colombia, de fecha 27 de julio de 1970- por el que se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil. Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8256>

Conforme a lo señalado precedentemente, es evidente que la legislación colombiana vigente conserva en lo esencial la tradición romano germánico respecto de que de la maternidad no existe duda, en tanto se presume por el hecho mismo del parto, de modo que, para establecer la determinación de la maternidad se debe: i) Demostrar que la mujer parió (es un hecho comprobable físicamente). El artículo 49 del Decreto 1260, establece que: i) el nacimiento se comprueba con el certificado del médico o de la enfermera que hayan asistido a la madre en el parto, o con declaración de dos testigos sobre este hecho, y ii) que haya identidad entre el hijo nacido de esa madre y el que pretende ser hijo legítimo. Se prueba con la posesión notoria del estado de hijo legítimo<sup>53</sup>.

Si bien la legislación colombiana no cuenta con normas que regulen el tema, reviste en la Sentencia T-968/09 en la cual se realizó una permisión de esta técnica de reproducción asistida, y según lo dispuesto por dicha sentencia se reconoce que la “maternidad subrogada” es una contrato y por lo tanto está reconocida como una práctica legal, puesto que no existe prohibición expresa para la realización de este tipo de acuerdo, aunado que la doctrina ha considerado que el artículo 42-6 de la Constitución Nacional prevé que “*que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes*”, lo cual conlleva a pensar que las técnicas de reproducción asistida están legitimadas jurídicamente<sup>54</sup>.

En esta sentencia, la Corte Constitucional Colombiana hace referencia a la “maternidad subrogada” o alquiler de vientre o útero en los siguientes términos: “*el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre*”

---

<sup>53</sup> LOPEZ DE ARMAS, Karen Margarita y AMADO AMADO, Catalina. “Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada”, *Revista de Derecho Privado*, N° 52, Julio-Diciembre 2014, pp. 10-11.

<sup>54</sup> Cfr. Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia, T-968/09. Obtenido en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

de éste. En este caso la madre sustituta no aporta sus óvulos<sup>55</sup>, y finalmente concluye que al terminar el embarazo la madre sustituta entregará al bebe a quienes asumieron los gastos médicos y la remuneración.

En consecuencia, en la República de Colombia, no existe ninguna ley que prohíba o permita específicamente la práctica de la “maternidad subrogada”, lo que ha generado que ciertas organizaciones o entidades ofrezcan este tipo de servicios sin ningún control, por eso el gran interrogante es si en este país debería ser legalizada dicha práctica para que pueda ser reglamentada mediante diferentes mecanismos y llevada a cabo solo con la intervención de especialistas<sup>56</sup>.

#### **1.4 La mal denominada “Maternidad Subrogada”**

El término “maternidad subrogada” fue acuñado por Noel Keane, abogado de Michigan<sup>57</sup>.

Juristas nacionales como VARSÍ ROSPIGLIOSI y VALVERDE MORANTE; como juristas internacionales incluyen en la calificación de “maternidad subrogada” diversas modalidades, que a nuestro parecer, desvirtúan el concepto y traen consigo confusiones.

Dichas nociones erróneas se generan a partir del año 1985 con la difusión del caso “Baby M.”<sup>58</sup>, en el que la señora Mary Whithead fue contratada por el matrimonio Stern para que su óvulo fuera fecundado con el esperma del señor Stern y ella llevara el embarazo. Posteriormente al alumbramiento, Mary

---

<sup>55</sup> AGUILAR GÓMEZ, Emilio. *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana*, Cartagena, Universidad Libre Sede Cartagena, 2010, p. 28.

<sup>56</sup> Cfr. ARTETA ACOSTA, Cindy. “Maternidad Subrogada”, *Revista de Ciencias Biomédicas*, N° 2, Febrero 2011, p. 96.

<sup>57</sup> CARBAJAL, Roció. *Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una Mirada extensiva a países de América Latina*, Trabajo de Graduación, Victoria-Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 2014, p. 12.

<sup>58</sup> Cfr. BERNAL CAMARGO, Diana Rocío. “Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia”, *Revista Republicana*, N° 6, Marzo 2009, pp. 19-20. Cfr. SILVA RUIZ, Pedro F...Ob. Cit., pp. 463-472.

entregaría al recién nacido al matrimonio Stern (constituido por William y Elizabeth Stern).

El contrato señalaba que la señora Mary Whithead -madre genética y portadora del óvulo-no debería crear un vínculo afectivo con la bebé. Sin embargo, el 27 de marzo de 1986, día del nacimiento de "Baby M.", la señora Mary Whithead se negó a entregarla y su esposo, el señor Whithead procedió a reconocerla como hija suya. Por lo mismo, se negó a entregar a "Baby M." al matrimonio Stern.

El juez Harvey Sorkow del Tribunal de New Jersey, quien actuó en primera instancia, concedió la custodia exclusiva de "Baby M." al señor William Stern, Así también, exigió el específico cumplimiento del contrato de subrogación sobre la base de que era lo más ventajoso para "Baby M.", concediendo, además, a la señora Stern una orden de adopción.

La sentencia fue apelada por la portadora, la señora Mary Whithead, ante el Tribunal de Apelaciones del Estado, este Tribunal revocó el fallo de primera instancia y declaró la nulidad del contrato, bajo el fundamento de que un contrato de subrogación que ofrece dinero para la madre subrogada y requiere su irrevocable asentimiento para entregar a su hijo al nacer es inválido y no ejecutable. Sin embargo, se mantuvo la tenencia en favor del señor Stern, alegando como razones sustentatorias que este podría proporcionar mejores condiciones socioeconómicas a "Baby M."

Luego de diez años, el Tribunal Supremo de New Jersey confirmó la custodia al padre natural y anuló la finalización de los derechos maternos de la madre natural y requirió al Tribunal inferior que determinara los términos de visita de la madre natural a "Baby M"; con lo cual se reconoció a la señora Mary Whithead como la madre biológica, y se le concedió un derecho de visitas.

En este caso se utilizó el óvulo de la señora Whithead, el cual fue fecundado con el espermatozoide del señor Stern y colocado posteriormente en el útero de la

señora Whithead. Se considera que, en este litigio se vulneró todo razonamiento lógico al negar la maternidad de la señora Whithead, quien había aportado el óvulo y llevado a cabo la gestación. Cabe señalar, que “Baby M.” en el transcurso de aquel tiempo estuvo al cuidado del matrimonio Stern y luego de diez años la Corte Suprema de New Jersey a través del Tribunal de Apelaciones reconoció a la señora Mary Whithead como madre biológica no obstante que este hecho era evidente; se le concede solo el derecho de visitas y no la tenencia, como es lo usual tratándose de niños menores de edad.

Entonces, a partir de este caso ampliamente difundido a nivel mundial, se desvirtuó la figura de la “maternidad subrogada” porque la gestante era, a la vez, la madre genética, recayendo ambas condiciones en una sola mujer. Desde esta óptica, se tiene que el contrato estipula, realmente, el otorgamiento de “Baby M.” al señor Stern, aportante del esperma y, por tanto, padre genético. Despojándole la categoría de madre a Mary Whithead y concediéndosela a la señora Stern.

#### **1.4.1 Modalidades de la “Maternidad Subrogada”**

Algunos juristas nacionales dentro de la noción de “maternidad subrogada” incluyen algunas modalidades que difieren realmente con la figura de maternidad subrogada propiamente dicha, así lo hace, el jurista VARSIGLIOSI<sup>59</sup> partiendo que la “maternidad subrogada” puede realizarse de innumerables formas:

##### **A. Madre Portadora:**

Cuando la mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de tri generación humana: 1) aporte de espermatozoide del

---

<sup>59</sup> VARSIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, Lima, Editorial Grijley, Perú, 2001, pp. 264-266.

marido, 2) aporte del óvulo de su mujer y 3) la madre gestante es una tercera.

### **B. Madre sustituta**

Cuando la mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina, busca una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral: se produce un caso de progeneración humana integral cuando: 1) espermatozoide del marido, y 2) inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante.

En este caso no hay maternidad por sustitución, podríamos considerarlo como una derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente<sup>60</sup>.

### **C. Ovodonación:**

Cuando la mujer tiene una deficiencia ovárica, no genera óvulos pero si puede gestar por lo que, necesita una mujer que le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) aporte de espermatozoide del marido, 2) óvulo de una mujer cedente y 3) gestación de una mujer, la madre procreante no es la misma que la gestante.

### **D. Embriodonación:**

El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deberán de buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multi generación humana: 1) el embrión es de una pareja cedente; 2) El

---

<sup>60</sup> CANESSA VILCAHUAMAN, Rolando Humberto. *La Filiación en la reproducción humana asistida*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011, p. 100.

marido es infértil y el embrión es gestado por su mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante, a lo que se suma el problema de la paternidad que no le corresponde al marido.

De lo expresado por VARSÍ ROSPIGLIOSI se puede indicar que solo el primer supuesto se considera como “maternidad subrogada”, en tanto este a diferencia de los otros tres, explica de forma clara las causas por las que las parejas de esposos recurren a esta técnica y a su vez, disocia la maternidad incluyendo la participación de dos mujeres, y denominando la maternidad en este caso como una maternidad parcial. En ese contexto, los demás supuestos no deberían incluirse dentro del concepto de “maternidad subrogada” puesto que, en ellos la cónyuge del aportante del esperma no genera óvulos, lo que le impide participar en la fecundación y determinar la inexistencia de la relación genética con el niño nacido mediante esta técnica, generando mayores controversias en la determinación de la filiación del menor.

Sin embargo, diversos doctrinarios al momento de conceptualizar la “maternidad subrogada” acuñan modalidades distintas a la primigeniamente conceptualizada como tal, generando ello no solo una distorsión de su conceptualización sino también un total rechazo por parte de la Iglesia Católica, y demás organizaciones. Entre tales doctrinarios encontramos:

La doctora MORAN DE VICENZI<sup>61</sup> manifiesta que con el término maternidad subrogada o madre de sustitución se comprenden diversas modalidades o grados de intervención de una mujer en el proceso procreativo de otra.

- A. Una de ellas se conoce como **locación o alquiler de útero**, mediante la cual una mujer conviene en gestar un embrión formado, total o parcialmente, por los gametos de la pareja comitente, comprometiéndose a la entrega del nacido después

---

<sup>61</sup> Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*, Perú, Editorial Ara Editores, 2005, pp. 196-197.

de su nacimiento. En este caso la participación de la mujer se limita a la gestación de un concebido con el que no guarda ningún vínculo genético, verificándose la escisión de la maternidad genética y la uterina.

- B. La segunda modalidad, es la **maternidad subrogada** propiamente dicha, mediante la cual la mujer no sólo lleva adelante la gestación sino que además aporta sus óvulos para ser inseminada con el esperma del varón de la pareja comitente. En este supuesto, el uso de términos madre subrogada a pesar de ser descriptivo de las circunstancias que le dan origen –la maternidad por cuenta de terceros- es equívoco, ya que en realidad esta mujer es la madre a todos los efectos, y no puede sustituir a quien en realidad no lo es.
  
- C. Dentro de los términos de maternidad subrogada también están comprendidos los supuestos de **donación de embriones o de óvulos** cuya gestación es llevada por la misma mujer que desea asumir la maternidad. En estos casos la maternidad se determina a favor de la mujer gestante, solución que considero más adecuada a la certeza jurídica para la identificación del nacido y la determinación de la maternidad.

Con lo cual, se considera que la jurista en mención, adopta un concepto amplio de “maternidad subrogada”, agregando supuestos que no deben incluirse en dicha concepción, haciendo confusa la determinación de la maternidad en la gama de casos que cita. Se considera que, la denominación de “maternidad subrogada” debe tener un solo supuesto que sirva de estructura, es decir, debe existir disgregación de la figura de madre genética y de mujer gestante y que el embrión a gestar sea ajeno a la gestante.

Dentro de los juristas extranjeros consultados, la argentina ELEONORA CANO<sup>62</sup> señala las siguientes formas de “maternidad subrogada”:

- A.** La pareja comitente es quien aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la madre sustituta recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.
- B.** La madre portadora, además, aporta el material genético, el que podrá ser inseminado con espermatozoide de la pareja comitente o de un tercero anónimo o conocido.
- C.** El material genético es aportado por individuos (ambos o solo uno de ellos) ajenos a la pareja contratante y la madre portadora cede su útero”.

De los tres supuestos mencionados, solo el primero coincide con el concepto de la técnica de “maternidad subrogada”, el segundo supuesto, no se podría incluir como modalidad de esta técnica porque la gestante es, además, la aportante del óvulo. Tampoco se incluiría el tercer apartado, ya que este sugiere que cualquier persona puede ser el donante del material genético que sería colocado en una mujer que solo es portadora, no realizando la inseminación y gestación para sí misma, sino por encargo.

Por su parte, el doctor ALARCÓN ROJAS<sup>63</sup> considera dos modalidades de la “maternidad subrogada”:

---

<sup>62</sup> CANO, María Eleonora. “Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada”, *Revista Federación Argentina de Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.)*, N° 1, Vol. 4, Abril 2005, p. 33

<sup>63</sup> ALARCÓN ROJAS, Fernando. “La Maternidad Por Sustitución” en *Familia, tecnología y Derecho*, Perú, Editorial Cordillera S.A.C., 2002, p. 130.

- A. Maternidad por “sustitución en la gestación”**, consiste en que la mujer que gesta y da luz no aporta su material genético puesto que no es la productora del óvulo fecundado.
  
- B. Maternidad por “simple sustitución”**, 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.

Pretender incluir los supuestos antes mencionados como modalidades de la técnica “maternidad subrogada” muestra el estado de incertidumbre en el que se encuentran, en primer lugar, la posible filiación del niño y, en segundo lugar, los límites conceptuales de la expresión “maternidad subrogada”.

Frente a las distintas modalidades establecidas por los juristas antes mencionados, la expresión “maternidad subrogada” resulta inadecuada porque si concurriera en una misma mujer la condición de “madre genética” y de “madre gestante”, estaríamos hablando de una maternidad indubitable.

Finalmente, se verifica en la doctrina estudiada, que existe una separación entre los actos de gestación, parto y maternidad legal; debido a que en la actualidad es posible que sea madre legal quien no parió, ya que ante la comprobación genética, el parto no determina la maternidad.

## **CAPÍTULO 2**

### **DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD COMO CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE “ÚTERO SUBROGADO”**

En el segundo capítulo se propone que la denominación correcta sea técnica de “útero subrogado”, para lo cual se da a conocer su conceptualización, sus respectivas características y los enfoques respecto a la técnica objeto de estudio. Y además, se analiza el principio *mater semper certa est* a la luz de nuestro ordenamiento jurídico y las consecuencias del axioma romano en la técnica de “útero subrogado” para poder explicar la disociación de lo biológico con lo genético.

#### **2.1 Técnica de “útero subrogado” y su diferenciación con la “Maternidad Subrogada”**

Para delimitar nuestro ámbito de estudio, en primer lugar debe establecerse la denominación correcta a efectos de evitar confusiones en su aplicación, surgiendo de esto la imperiosa necesidad de estudiar la etimología de la “maternidad subrogada”.

##### **2.1.1 Etimología de “Maternidad Subrogada”**

La expresión “maternidad subrogada” está compuesta por dos vocablos: el primero de ellos, maternidad, definido por la ciencia médica como la *“relación que se establece por la procedencia del óvulo a partir de la madre”*<sup>64</sup>. A su vez,

---

<sup>64</sup> FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA. *Diccionario de Medicina*. España, Espasa Siglo XXI, 2000.

la Real Academia de la Lengua Española<sup>65</sup> la define de manera escueta como “estado o calidad de madre”. Con lo cual, el concepto maternidad es una cualidad de la mujer, ya que ella es la única con las características biológicas para gestar.

Para TUBERT “la maternidad es un conjunto de fenómenos de gran complejidad que no podría ser abarcado por una única disciplina: la reproducción de los cuerpos es un hecho biológico que se localiza, efectivamente, en el cuerpo de la mujer, pero en tanto, que se trata de la generación de un nuevo ser humano no es puramente biológico sino que integra otras dimensiones”<sup>66</sup>.

El segundo vocablo, subrogar, significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”<sup>67</sup>. En virtud de la subrogación, se produce la suplantación de una persona o cosa para asignarle al reemplazante cierta tarea que ha sido asignada al suplantado. Por lo tanto, la expresión “maternidad subrogada”, que resulta de unir los vocablos mencionados, alude al proceso mediante el cual una mujer reemplaza a otra en su condición de gestora.

Así, el Grupo de Trabajo del Comité Ad Hoc de Expertos en Problemas Legales y Éticos en relación con la Genética Humana en España considera como madre subrogada a “...la mujer que lleva un embrión hasta su nacimiento para el beneficio de otra persona o pareja”<sup>68</sup>. Por su parte, el jurista VALVERDE MORANTE menciona que el “embarazo por sustitución habitualmente conocido en la doctrina jurídica comparada como maternidad subrogada o alquiler de útero, acontece cuando una mujer se presta con contraprestación o sin ella a

---

<sup>65</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22<sup>eva</sup> Ed, Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2003.

<sup>66</sup> TUBERT, Silvia. *Figuras de la Madre*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1996, p. 8.

<sup>67</sup> REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Ibidem*.

<sup>68</sup> Citado por MARTÍNEZ- PEREDA RODRÍGUEZ, J.M y otros. *La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español*, Madrid- España, Editorial Dykinson, 1994, p. 65.

*gestar y a alumbrar una criatura por cuenta de un matrimonio o pareja estable, quienes recibirán al niño luego del parto*<sup>69</sup>.

Dentro de las múltiples y variadas definiciones que se han generado en torno a esta expresión, se resalta la definición de la doctora VILA CORO, quien define a la “maternidad subrogada” como aquella *“práctica que consiste en contar con los servicios de una mujer para que ésta lleve el embarazo a término, con la intención de entregar el niño al nacer a la persona que lo ha encargado”*<sup>70</sup>; el jurista ALARCÓN ROJAS, precisa que es *“una técnica de reproducción humana asistida que consiste en que una mujer recibe el encargo de adelantar y culminar el proceso de gestación y entregar su producto a la persona comitente*<sup>71</sup> y el jurista ZANNONI expresa que se alude a la maternidad subrogada en el caso de que el *“embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer que lleva a cabo el embarazo y dará a luz el hijo en beneficio de la pareja”*<sup>72</sup>.

Analizando las definiciones y perspectivas de diversos autores así como los citados, en los párrafos precedentes, podemos determinar que la maternidad subrogada es muy amplia y con conceptualizaciones confusas y disimiles, por cuanto procederemos a conceptualizarlo para el presente estudio, desde la participación de las mujeres intervinientes en la técnica objeto de estudio.

### **2.1.2 Conceptualización de la Técnica de “útero subrogado”**

Así, es necesario aclarar la figura y proponer una denominación adecuada, siendo aquella que no permita la duda o genere confusiones, resultando necesario e imprescindible separar la figura y otorgarle una denominación que

---

<sup>69</sup> VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético, Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte, 2001, p. 100.

<sup>70</sup> VILA CORO, María Dolores. *Huérfanos biológicos, el hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, España Editorial Artes Gráficas, 1997, p.101.

<sup>71</sup> ALARCÓN ROJAS, Fernando... Op. Cit., p.129.

<sup>72</sup> ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª Ed. actual. y ampl., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 530. Citado por ORTELLANO, Claudia Lorena. *Maternidad subrogada y vientres de alquiler. Una realidad no legislada*, Trabajo de Fin de grado, Argentina, Universidad Empresarial Siglo 21, 2012, p. 15.

vaya de acuerdo al objeto de su realización. En ese sentido, es necesario dejar constancia que la figura analizada en la presente investigación no debe denominarse “maternidad subrogada”.

El Diccionario de Anatomía, el cuerpo y la salud define *“al útero también llamado matriz, como el órgano encargado de recibir el óvulo fecundado procedente de las trompas de falopio, nutrirlo y desarrollarlo. Aquí es donde tendrá lugar el proceso de gestación, el útero se halla situado en la porción media de la cavidad pelviana, debajo de las asas intestinales por dentro de las trompas de falopio y entre la vejiga urinaria y el recto”*<sup>73</sup>.

En el *“caso de la mujer que ofrece su útero para que se desarrolle en este el embrión concebido extracorpóreamente, para después entregar el niño a sus verdaderos padres”*<sup>74</sup> o *“padres genéticos”*<sup>75</sup>, se propone que la denominación apropiada para esta figura sea técnica de “útero subrogado”, en la que se *“necesita la intervención de una mujer, denominada portadora, necesaria para llevar a buen término un embarazo, es decir que hará posible el nacimiento de un nuevo ser”*<sup>76</sup>, con genes distintos a los suyos.

Con esta denominación lo que se estaría subrogando es el útero más no la maternidad, ya que no se busca el reemplazo de una madre por otra, tan solo la realización de la gestación por el lapso en que debe naturalmente desarrollarse el embarazo, pues apelar al termino maternidad resulta equívoco porque la maternidad es una construcción social que visualiza a la mujer en un

---

<sup>73</sup> DICCIONARIO DE ANATOMÍA, EL CUERPO Y LA SALUD, Madrid- España, Editorial Cultural, 1999, p. 96.

<sup>74</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales*, Tomo I, 6<sup>ta</sup> Ed, Lima, Editorial IUSTITIA y Grijley, 2012, p. 122.

<sup>75</sup> Los padres genéticos son aquellos que aportan el material genético. Término recogido por el jurista Varsi Rospigliosi cuando cita un caso de la legislación italiana, según la cual “el niño sería hijo de la mujer que le dio a luz. Ésta debería proceder a no reconocerlo y así se abriría el camino de la adopción por parte de los padres genéticos. Estos podrían solicitar el reconocimiento de su filiación a través del examen del ADN, pero solo podrían obtener la paternidad integral a través de la adopción”. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios generales*, 5<sup>ta</sup> ed. Ampliada y revisada, Lima, Editorial Grijley, 2014, p. 437.

<sup>76</sup> HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana y SANTIAGO FIGUEROA, José Luis. “Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, N° 132, setiembre-diciembre, 2011, p. 1336.

rol y le atribuye obligaciones específicas. Asimismo, se ignora que algunas mujeres pueden disfrutar estar embarazadas pero no gozar de la misma manera la crianza del niño o viceversa<sup>77</sup>, hablar de la maternidad no es del todo correcto, porque engloba una realidad y proceso mucho más extensivo y complejo que la gestación<sup>78</sup>.

Es así que, partimos de la premisa que técnicamente, la gestante no es la madre, por lo que el término *maternidad* no es la adecuada, porque involucra un antes, querer ser madre, y un después, ser madre, en ese sentido constituye un proceso. Por lo tanto “la maternidad no se subroga sino la gestación<sup>79</sup>”.

Habiendo conceptualizado el “útero subrogado” como técnica de reproducción asistida, objeto del presente estudio, corresponde identificar a las participantes de la técnica “útero subrogado”, las cuales son dos mujeres que intervienen de forma activa, la primera se denominará “madre genética” que es aquella que aporta el material genético (óvulos)<sup>80</sup> y de acuerdo con el principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación, madre es la mujer que guarda algún tipo de relación genética con el recién nacido, pero además posee la intención de ser madre, esto es, desea el hijo para sí<sup>81</sup>, y la otra persona que intervendrá se denominará mujer gestante<sup>82</sup> o portadora quien brindará su útero para que dentro de su matriz el embrión se desarrolle adecuadamente hasta que se viabilice su nacimiento.

De lo anteriormente expuesto se desprende que, la técnica de “útero subrogado” es una técnica de reproducción asistida en la que se lleva a cabo

---

<sup>77</sup> Cfr. PINZÓN MARÍN, Inés Yohanna, RUEDA BARRERA, Eduardo y MEJÍA PATIÑO, Omar. “La aceptabilidad de la técnica de gestación de vida por sustitución de vientre”, *Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review*, N° 43, Julio - Diciembre 2015, p.90.

<sup>78</sup> Cfr. RUIZ MARTINEZ, Rocío... Op. Cit., p. 4.

<sup>79</sup> Cfr. LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013, p. 8.

<sup>80</sup> Cfr. CANO, María Eleonora... Op. Cit., p. 33.

<sup>81</sup> Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia. ... Op. Cit., p. 195.

<sup>82</sup> Cfr. SANCHO PÉREZ, Mercedes. *La Maternidad Subrogada y su problemática con la filiación*, Trabajo fin de master para obtener el Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 2017, p. 7.

un proceso atípico. Dicho proceso implica la implantación del embrión en el útero de una mujer, para que ésta gaste a la criatura-*mujer gestante o portadora*-, el mismo que es producto de la unión del óvulo y el espermatozoide fecundados por una pareja unida en matrimonio a quienes se denominarán *padres genéticos*, y luego del nacimiento será a ellos a quienes se les entregará el menor nacido mediante esta técnica<sup>83</sup>. Se precisa que, para poder realizar esta técnica se requiere que la mujer casada padezca de una “deficiencia uterina o física”<sup>84</sup> que le impida llevar a cabo la gestación en su útero.

Por otro lado, se enfatiza que no se comparte la opinión de la utilización de la técnica de “útero subrogado” en los casos en que la mujer desee eludir los inconvenientes del embarazo, ya sea por futuros cambios hormonales, por cambios físicos o por impedimentos laborales (en el caso de las modelos). Solo la técnica de “útero subrogado” será posible cuando existan razones humanitarias y fines altruistas.

Retomando lo antes expuesto, es necesario que en la técnica de “útero subrogado” cumpla con la disociación de madre genética y mujer gestante, ya que *“la gestante no será la madre biológica del bebé porque llevará los genes de la pareja que aportan los embriones”*<sup>85</sup>. Recalcando que, la portadora debe tener algún parentesco por consanguinidad o afinidad con la madre genética o el padre<sup>86</sup> (padres genéticos), *“con el fin de evitar un carácter lucrativo o*

---

<sup>83</sup> Cfr. PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMINGUEZ, Karla. “La Dignidad del menor en caso de la Maternidad Subrogada en el Derecho Mexicano. Una propuesta legislativa desde la Academia”, *Revista Boliviana de Derecho*, N°17, Enero 2014, pp. 236-240.

<sup>84</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad- procreación asistida y sociafectividad*, 2<sup>da</sup> Ed, Lima, Jurista Editores, 2010, p. 249.

<sup>85</sup> MOLINA MARTÍNEZ, Elena. *La Maternidad Subrogada en Derecho Internacional Privado Español*, Trabajo Fin de grado, España, Universidad de Jaén - Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2014, p.14.

<sup>86</sup> Esta propuesta se ha recogido de la Propuesta Legislativa sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal Mexicano, la misma que ha sido solo aprobado por Dictamen de las Comisiones unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género; es citado por Cfr. PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMINGUEZ, Karla... Ob. Cit., p. 240.

*comercial*<sup>87</sup>, es decir a efectos de evitar la comercialización de préstamo de útero.

En consecuencia, la maternidad se da por la propia naturaleza, pero para que genere consecuencias jurídicas debe ser legitimada por el Derecho a través del reconocimiento o una investigación judicial, resumiéndose todo en que el hecho de parir permite su acreditación lo que hoy, con la técnica de “útero subrogado”, no es del todo cierto<sup>88</sup>, como se expondrá más adelante.

Precisándose, que todo concepto que difiera de lo expresado en los párrafos precedentes no podrá entenderse como “útero subrogado”, no permitiéndose ninguna modalidad, sino un único supuesto en el que “la mujer que aporta su óvulo fecundado con el espermatozoide de su esposo para ser implantado en el útero de otra mujer, con el propósito de llevar a término el embarazo y posteriormente sea entregado a sus padres genéticos”. Siguiendo lo antes expuesto se toma la atribución de consignar dicha denominación para diferenciar y explicar la técnica materia de estudio en la presente investigación.

Finalmente, la situación expuesta sobre esta técnica en el ámbito jurídico es muy compleja y es por ello que cabe plantearse: ¿quién es la madre o cómo reconocer esa filiación?. Desde un punto de vista jurídico es aún un proceso que no está desarrollado y al que todavía queda mucha regulación por aportar, ya que es mínima en nuestro país, y habiendo, por tanto, un vacío legal importante.

### **2.1.3 Características de la Técnica de “útero subrogado”**

La técnica del “útero subrogado” en estricto presenta las siguientes características, obtenidas del análisis de la materia:

---

<sup>87</sup> DA SILVA GALLO, José Hirán y LETTIERI GRACINDO, Giselle Crosara. “Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder?”, *Revista Bioética de Brasília*, N° 02, Vol. 24, Mayo-Agosto 2016, p. 253.

<sup>88</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique...Op. Cit., 2014, p. 434.

- **Es una técnica de reproducción asistida.**

La técnica de “útero subrogado” aparece en el marco generado por la aparición de nuevas tecnologías reproductivas, surgiendo así las técnicas de reproducción asistida, entendiéndose como aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia<sup>89</sup>, constituyéndose como una alternativa subsidiaria, esto es, convirtiéndose en una solución para el caso de aquellas mujeres que padecían una afección uterina, o tenían contraindicación para llevar adelante un embarazo, recurriendo al útero de otra mujer que se ofrecía en forma solidaria como gestante<sup>90</sup>.

En ese sentido, las técnicas de reproducción humana asistida han venido a desafiar los marcos normativos existentes, a modificar la visión del Derecho de Familia, con lo cual se disocia lo biológico de lo genético.

- **La mujer y el hombre unidos en matrimonio son los que aportarán el material genético**, esto es, el ovulo y el espermatozoide respectivamente.

Esta característica se recoge de la propuesta legislativa sobre la maternidad subrogada en el Distrito Federal estableciendo que dicha práctica médica se da cuando una *“mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer unidos por matrimonio”*<sup>91</sup>.

La Constitución Política<sup>92</sup> en su artículo 4° reconoce a la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad, de la cual surgen principios y valores que

---

<sup>89</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1995, p. 62.

<sup>90</sup> Cfr. URQUIZA, Fernanda; CARRETERO, Inés; QUAINI, Fabiana Marcela y otros. “Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina”, *Medicina (Buenos Aires)*, N° 03, Vol. 74, Junio 2014, 237.

<sup>91</sup> Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Ubicado [25.IX.2017] Obtenido en: <https://es.scribd.com/doc/36185692/12-Iniciativa-Maternidad-Subrogada>

<sup>92</sup> Artículo 4°.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio:

van a influir en cada una de las relaciones a nivel social, ya que, dicha institución está conformada por un núcleo que tiene su base en el matrimonio, a partir del cual se cumple la función reproductora y se comparten las responsabilidades del hogar<sup>93</sup>.

No podemos dejar de mencionar, como el concepto de familia influye al momento de determinar quiénes pueden recurrir a las técnicas de reproducción asistida, en particular a la técnica de “útero subrogado”, lo que resulta discutible. Se precisa que dicho apartado será tratado con mayor profundidad en el último capítulo del presente estudio.

- **La madre genética debe tener una imposibilidad médica** para llevar a cabo la gestación en su útero.

La realidad social nos demuestra que, diversos matrimonios no pueden concebir a un hijo en condiciones naturales por diversos factores<sup>94</sup> y es ahí, en donde aparece la ciencia y la tecnología brindando sus conocimientos y posibilidades inimaginables a su disposición, para resolver dicho problema de muchas parejas que aun deseando procrear no pueden hacerlo por estar medicamente imposibilitada para llevar adelante un embarazo.

De modo, que se puede realizar dicha práctica siempre y cuando la madre genética tenga una imposibilidad permanente o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

---

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley. Constitución Política del Perú, 4ª Ed, Lima, Editora Perú, 2001.

<sup>93</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, Antonio. *Las familias monoparentales*, Granada, Comares, 2005, p. 5.

<sup>94</sup> Como la postergación del momento en el que se decide tener hijos, alteraciones de la calidad del semen debido al alcohol, el tabaquismo y factores ambientales; cambios en la conducta sexual; y eliminación de la mayoría de los tabúes sobre la fertilidad, entre otros. Cfr. SIVERINO-BAVIO, Paula. “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú”, *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, N 3, Vol. 68, 2012, p. 1.

- **No debe tener una finalidad lucrativa.**

Al respecto, no resulta admisible cuando una mujer para la realización de la técnica de útero subrogado recibe remuneración o contraprestación, porque se estaría lesionando la integridad física y la dignidad de la mujer gestante como del menor por nacer. En resumidas cuentas, se prohíbe el pago por esta práctica como medida de evitar que se haga de la gestación una nueva forma de explotación de la mujer afectando su dignidad al ser vista como un mero receptáculo<sup>95</sup>.

En efecto, no se puede soslayar el hecho de que el “útero subrogado” llevado hasta sus últimos extremos puede colisionar con algunos valores de una sociedad que hace de la persona y de su dignidad el fin supremo. Desde esta perspectiva, no resulta aceptable su utilización con fines comerciales, genéticos o discriminatorios. El único fin, aceptable, es el de la técnica de “útero subrogado” promovida por la voluntad procreacional de la madre genética y el rol humanitario de la portadora.

Es por ello, que dicha técnica debe perseguir un fin altruista, que no atente contra los derechos de la persona, en tanto debe estar dirigida a salvaguardar el destino del menor y en segundo la dignidad de la mujer gestante.

#### **2.1.4 Enfoques sobre la Técnica de “útero subrogado”**

Se han elaborado en la doctrina diversas opiniones acerca de la utilización y aceptación y/o admisibilidad de la técnica de “útero subrogado”. No todos los autores la consideran una alternativa válida a la cual puedan acceder las parejas impedidas de procrear en condiciones normales. Probablemente la postura a la que arriba el sector de la doctrina que no se encuentra de acuerdo

---

<sup>95</sup> Cfr. SANTANDER, Cristóbal Antonio. *El contrato de maternidad subrogada o del alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?*, Tesis para optar al título profesional de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2012, pp. 13-16.

con la utilización de esta técnica, tenga su fundamento en postulados éticos o religiosos.

Es así, que algunos juristas, como CARCABA FERNÁNDEZ<sup>96</sup> señalan algunas ventajas que trae consigo el hecho de tener hijos propios y no adoptados: *“quien desea satisfacer su deseo de tener hijos puede acudir a la adopción y no a los métodos de procreación artificial, pero son varias las ventajas que éstos presentan sobre la primera: el hijo será consanguíneo, la esterilidad de los cónyuges permanece en secreto, se obvian los trámites de la adopción y se evitan reclamaciones sobre el hijo adoptivo por parte de la madre real”*.

Dicha jurista menciona la alternativa que tienen algunos matrimonios ante su problema procreacional y sugiere la adopción como opción para tener hijos. Sin embargo, reconoce las ventajas que poseen las técnicas de reproducción asistida, las mismas que impelan a la pareja a someterse a estas técnicas. No obstante, la ausencia de una normativa específica relativa a las TERAS genera un clima de malestar social, en el cual los médicos no realizan una adecuada praxis de las normas relativas al parto e inscripción de los nacidos vivos.

Por otro lado, la técnica de “útero subrogado” no tiene como objeto cosificar al niño nacido mediante esta técnica, sino lo que se busca con una legislación sobre esta materia es restringir su utilización y configurar un cuadro normativo que ayude a la correcta aplicación de esta práctica y evite, así, que los médicos manipulen el Derecho sin tomar en cuenta las normas relativas a la filiación. Asimismo, la justificación de esta técnica estaría dada por el altruismo de que las mujeres que prestan su útero ayudan a alcanzar el derecho de paternidad en los matrimonios sin posibilidades procreativas. Al respecto, el doctor ESPINOZA ESPINOZA<sup>97</sup> señala que:

---

<sup>96</sup> CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Editorial Bosch, 1995, p. 25.

<sup>97</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2004, p. 96.

*“Aquella pareja que ve frustrado su proyecto vital de paternidad, recurre a una mujer que actúa altruistamente, mediante la libre disposición sobre su propio cuerpo, con miras a que dicha pareja cumpla con su más caro anhelo. Es por eso que el derecho tiene que intervenir para que, mediante una adecuada regulación, cumpla una función liberadora, distinguiéndose aquel acto altruista de los excesos que se puedan cometer, los cuales deben ser prohibidos por ley”.*

Algunos juristas muestran su negativa hacia esta técnica, debido a que se argumenta que los seres humanos involucrados están siendo utilizados como objetos de contrato, lo cual, en definitiva, está prohibido. Al respecto, VILA CORO señala que: *“La gestación de sustitución o madre de alquiler es una de las técnicas que no se admite, porque el cuerpo humano es indisponible como objeto del contrato; no solo el de la mujer sino el del propio embrión a quien no se puede situar, para su desarrollo, en un hábitat distinto al que le es propio”*<sup>98</sup>.

Es necesario precisar que, no se puede ser determinante en señalar que el cuerpo de la mujer gestante está siendo objeto de un contrato, puesto que la norma permite los actos de disposición del propio cuerpo cuando están inspirados en motivos humanitarios como lo señala el artículo 6º del Código Civil Peruano:

*“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.*

*Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley que rige la materia”.*

FÉRNANDEZ SESSAREGO<sup>99</sup> en la exposición de motivos de este artículo refiere a *“la protección del cuerpo y a la cesión de órganos, tejidos o partes del organismo que no se regeneran”*, agregando que ello *“quiere significar, de otro lado, que el sujeto está en condiciones de ceder todas aquellas partes,*

<sup>98</sup> VILA CORO, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*, Madrid- España, Editorial Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1995, p. 265.

<sup>99</sup> FÉRNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Lima, Studium, 1986, p.47.

*sustancias o tejidos que se regeneren solo en la medida que no perjudiquen su salud o pongan en peligro su vida”.*

Esta disposición a la que alude el mencionado numeral, no solo se refiere, como se apunta en la exposición de motivos, al desprendimiento de aquellas partes del cuerpo que, al ser separadas, no ocasionen una disminución permanente en la integridad física del ser humano, sino que, se propone la interpretación extensiva a este artículo, basándose en que al decir “disposición”<sup>100</sup> se ha referencia al hecho general de obrar libremente de cualquier manera, pues un “acto de disposición del propio cuerpo” es el que una mujer, en un acto altruista, ofrezca su útero para que se desarrolle dentro de este el embrión concebido extracorpóreamente, sin hacer la distinción de que se trate de órganos o tejidos, regenerables o no, ya que por el solo hecho del embarazo no se pierden órganos no regenerables, quizás si tejidos regenerables.

En síntesis, no hay mejor “motivo humanitario” que el permitir lograr a una pareja, uno de los momentos más importantes en la realización de su proyecto vital<sup>101</sup>, esto es, el ayudar a un pareja de esposos a constituir una familia.

Por otro lado, se puede defender la existencia de un derecho a la procreación, específicamente derechos reproductivos, derecho que encontraría apoyo normativo tanto en el derecho internacional<sup>102</sup> como en el derecho interno, pero

---

<sup>100</sup> El término “disposición” significa obrar uno libremente en el destino de sus bienes, o usar a su arbitrio de una persona o cosa. ENCICLOPEDIA SOPENA. *Nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*, Tomo I, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, S/A, p.889.

<sup>101</sup> Cfr. ESPINOZA ESPINOZA, Juan...Op. Cit., 2012, pp. 124-125.

<sup>102</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y promulgada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, entrando en vigor a partir del 9 de diciembre de 1959 aprobado mediante Resolución Legislativa N° 12382.

pues en el momento en que se dio la proclama de derechos de 194 y establece en el:

*Artículo 16.1.* Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

La Constitución Política establece en el:

*Artículo 4.-* Protección a la familia. Promoción del matrimonio:

“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio.

lo que no se puede defender es un derecho al hijo entendido como el resultado del acto procreativo a “algo” que se puede tener o no tener según los propios gustos, puesto que ello implica la cosificación, la desacralización del hijo y no podemos olvidar que el hijo es un ser humano al que no se puede instrumentalizar. Cuestión incontrovertible es el derecho del niño a tener padres y a tener una familia, los mismos que se han configurado como uno de los pilares que vertebra e informa la totalidad de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>103</sup> estipulándose cuando por cualquier circunstancia el niño se ve privado de padres, la Convención responsabiliza al Estado de ese niño, pero

---

Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

<sup>103</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, es adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con Resolución 44/25 de fecha 20 de noviembre de 1989; entrando en vigor el 02 de setiembre de 1990. Fue suscrita por el Perú el 26 de Enero de 1990 y aprobada por Resolución Legislativa N° 25278 de 03 de Agosto de 1990. Al respecto debe consultarse y ponerse en relación los siguientes artículos:

*Artículo 5:*

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

*Artículo 8:*

“1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

*Artículo 9:*

“1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño...”.

*Artículo 20*

“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños...”

*Artículo 21*

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”

favoreciendo la búsqueda por parte de las instituciones y la legislación de cada Estado en concreto de padres y familias sustitutas<sup>104</sup>.

Agregándose que, no se puede olvidar que las TERAS mal manejadas pueden representar un peligro para la sociedad, puesto que la intervención en los mecanismos de procreación puede degenerarse en una búsqueda de la dominación de los mismos, al dar estas técnicas al hombre poder sobre las decisiones de su destino, pudiendo llevarlo a violar los límites de un razonable dominio de la naturaleza de la reproducción humana. Por tanto, tales técnicas pueden estar al servicio positivo del hombre y al mismo tiempo representar una verdadera amenaza<sup>105</sup>, de ahí que surge la responsabilidad del Estado de legislar, limitando y controlando la aplicación de la técnica de “útero subrogado” en aras de salvaguardar la protección y la dignidad del menor y de la mujer gestante.

## **2.2 Principio mater semper certa est**

Al analizar la Técnica de “útero subrogado” aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *mater semper certa est*, el mismo que viene siendo utilizado como criterio determinante para establecer la maternidad en el ordenamiento jurídico peruano. Por lo que, aquella mujer que diera a luz a un niño es madre legal por imperio de la ley, esto es, automáticamente, lo es en virtud del principio en mención.

### **2.2.1 Significación actual**

En vista de ello, surge la necesidad de remontarse a la historia de la maternidad, la cual presenta un punto de partida y de confluencia inexcusable, en Roma, en donde la célebre máxima pauliana *mater semper certa est* resulta

---

<sup>104</sup> Cfr. BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación. *Bioteología y Posthumanismo*, 1º Ed, Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 493-494.

<sup>105</sup> Cfr. AWAD CUCALON, María Inés y DE NARVAEZ CANO, Mónica. *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*, Trabajo de grado para optar el título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, , 2001, p.5.

la más notoria como determinante de lo certero del aserto indubitado de la gestación y el parto, esto es, la certeza a la que alude la máxima pauliana se refiere a la certidumbre del hecho natural, directo e indubitado de la gestación y del parto, en tal sentido, sobre la base del principio se ha entendido siempre que la maternidad comporta, a la vez, herencia genética y la relación fisiológica de embarazo y alumbramiento<sup>106</sup>.

Así las cosas, en la época romana, la madre y la filiación materna gozaban desde el punto de vista jurídico de certeza, en virtud a la capacidad natural de la mujer de gestar, lo cual significaba que, con respecto a la maternidad eran todas seguridades, solo la mujer podía dar a luz a un niño y la prueba de ello provenía del parto, hecho objetivamente comprobable<sup>107</sup>.

En síntesis, en el principio *mater semper certa est* el parto debidamente acreditado es el hecho que atribuye de pleno derecho la maternidad, puesto que el parto sigue al vientre razón por la cual la maternidad en sentido biológico, es siempre cierta<sup>108</sup>.

En ese sentido, el jurista VARSÍ ROSPIGLIOSI<sup>109</sup>, menciona que:

*“el axioma tomado por Paulo del DIGESTO: «mater semper certa est etiam si vulgo conceperit» (Lib. II, tít.IV, ley 4, § 3), nos decía que la maternidad era siempre indubitable y que su prueba era sencilla, directa y demostraba un hecho simple y común: el solo ver en estado gestante a una mujer, el hijo que luego viéramos llevará en sus brazos entendíamos que era de ella (partus séquitur ventrem, INSTITUTA: 2, 1, 19). El sustento es que tanto la gestación como el nacimiento son hechos biológicos que pueden ser probados de manera más segura a través del parto, no así la concepción”.*

---

<sup>106</sup> Cfr. GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, Marcela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2013, p. 329.

<sup>107</sup> Cfr. BORRAJO, María Eugenia. “La “Maternidad Subrogada” ¿Una Técnica de Reproducción Asistida más?” *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”*, N° 14, Año IX, 2015, p. 39.

<sup>108</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Determinación de la maternidad por técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, N° 34, Abril 2017, p. 164.

<sup>109</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Declaración Judicial de Maternidad Extramatrimonial” en *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Derecho de Familia (segunda parte)*, TOMO III, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003, pp. 54-55.

De lo esbozado, el principio *mater semper certa est*, citado por el doctor VARSÍ ROSPIGLIOSI, expresa que el hecho del parto prueba que la mujer gestó a un niño, mas no la forma que la concepción del niño que está en su vientre se haya producido de forma natural o de forma artificial, por lo que, no necesariamente los gametos que formaron al embrión guarden relación genética con esta.

Debe indicarse que el Código Civil<sup>110</sup> establece el principio *mater semper certa est* en su artículo 409° precisando que: *“La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando **se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo**”* (énfasis es nuestro).

Al referirse al vínculo de filiación materna *“el principio que reina la materia es aquel que dispone que es madre del niño aquella que lo alumbró. La filiación materna supone entonces la reunión de dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del hijo cuya mujer ha traído al mundo”*<sup>111</sup>.

Así también, se encuentra de forma implícita dentro de la filiación matrimonial, en el artículo 362° C.c. el cual señala que *“El hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera”*.

El axioma en mención que rige en el Código Civil peruano y en otras legislaciones basado en el sistema romano, muestra que el legislador persigue que haya coincidencia entre la calidad jurídica de madre y la condición biológica, persiguiendo la coincidencia de lo jurídico y lo biológico. Según este principio, si la ley ha asignado un determinado estado civil a partir de un hecho, acto o procedencia, para todos los efectos jurídicos contará con esa asignación aunque ella no coincida con la realidad genética.

---

<sup>110</sup> Código Civil, 6ª Ed, Lima, Grijley, 2005.

<sup>111</sup> MONGE TALAVERA, Luz. “Presunción de Filiación Matrimonial” en *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*, Tomo II, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003, p. 675.

Por otro lado, de los artículos antes esbozados, se deduce la potestad que el ordenamiento jurídico otorga al marido de poder reconocer o no a su hijo, no dándole dicha potestad a la madre genética (esto es, el reconocer a su hijo o negarlo).

### **2.2.2 Ruptura del Principio Pauliano: Consecuencias del principio *mater Semper certa est* en la técnica de “útero subrogado”**

Al aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de “útero subrogado” se le estaría otorgando la maternidad a la mujer gestante por la prueba del parto, aunque la “*mujer lleve adelante el proceso de embarazo de un niño que genéticamente es de otra mujer*,”<sup>112</sup> aunado a ello que esta mujer no posee la voluntad procreacional, con lo cual, no existiría una adecuada determinación de la maternidad para los casos en que se utiliza la técnica de “útero subrogado”.

Por ende, la aplicación del principio *mater semper certa est* en la técnica del “útero subrogado” ha llevado a que este axioma resulte inaplicable porque antes era impensable que dos mujeres puedan contribuir con el nacimiento de un ser humano y hoy es posible que una mujer proporcione el óvulo y la otra geste al niño, por lo que, hoy es posible que sea madre legal quién no parió, o que el parto no determine la maternidad. En otras palabras, no resulta aplicable dicho principio en la técnica del “útero subrogado” toda vez que no permite que concurren los supuestos de madre genética y mujer portadora en mujeres distintas.

En vista de los nuevos actos de la ciencia, el principio *mater semper certa est* (la madre siempre se sabe quién es), por el cual el hecho de la maternidad resultaba indubitable y se demostraba con el solo hecho de la gestación, resulta siendo inaplicable en nuestros días, por cuando se dan casos en los que la mujer que ha dado a luz no es la misma que aportó el material genético

---

<sup>112</sup> MEDINA, Graciela. “Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, *Revista la Ley*, N° 119, 24 de Junio de 1997, p. 1.

(óvulo)<sup>113</sup>; desvirtuando con ello la prueba genética el principio *mater semper certa est*, que resulta ser la base de las normas de filiación<sup>114</sup>.

En ese orden de ideas, mientras se aplique este principio en los casos de nacimientos bajo la técnica de “útero subrogado”, estaremos frente a un caso que el derecho positivo vigente no ha podido dar respuesta jurídicamente satisfactoria, y que exige una pronta intervención del legislador para establecer una precisa regulación legal. Este principio atentaría contra la identidad del hijo porque no hay ninguna prueba de por medio que acredite la veracidad del parto, pues si el legislador persiste en seguir con esta corriente se tendrá que suponer que el niño guarda relación genética con la mujer que lo parió vulnerando el principio de la verdad biológica y la identidad genética.

### **2.3 Determinación de la maternidad ¿El parto siempre determina la maternidad o existe disociación de lo biológico con lo genético?**

Previo a la determinación de la maternidad, debe definirse el vocablo “filiación” derivado del latín “filius” que significa hijo, y comprende el “conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad y maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia”<sup>115</sup>. Asimismo, dicha institución jurídica “es la más importante de las relaciones de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, la cual es la procreación surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos”<sup>116</sup>.

En ese sentido, considerado que la filiación materna o *status filii* del nuevo ser que nazca mediante la técnica de “útero subrogado” concebido dentro del matrimonio de acuerdo a nuestra legislación vigente está sustentado por el

<sup>113</sup> Cfr. ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila... Op. Cit., p. 24.

<sup>114</sup> Cfr. LÓPEZ DE ARMAS, Karen Margarita y AMADO AMADO, Catalina... Op. Cit., p. 13.

<sup>115</sup> ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil .Derecho de Familia*, Tomo II, Lima, Editorial Astrea, 1981, p 332.

<sup>116</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique y SEVERINO BRAVO, Paula. “Determinación de la paternidad matrimonial” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Lima Editorial Gaceta Jurídica, 2003, p. 603.

principio clásico inspirador de la normatividad jurídica sustantiva, esto es el principio *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) acreditada por el hecho del parto y por consiguiente determinada por el principio de que la madre siempre es cierta. En consecuencia en los casos de la técnica de “útero subrogado”, quien alumbró al nuevo ser será considerada la madre legal, tanto más que nuestro Código Civil vigente no concede acción para impugnar la maternidad sino sólo por parto supuesto o suplantación del hijo<sup>117</sup>.

Por su parte, VARSÍ ROSPIGLIOSI y SIVERINO señalan que *“la presunción de paternidad matrimonial satisface el interés social de protección de la familia y está generalmente de acuerdo con la realidad biológica de la paternidad y maternidad y se basa en las relaciones sexuales o la cohabitación antes del matrimonio o de la asunción de la debida responsabilidad por el autor del embarazo prematrimonial...La presunción pater est está basada en aquello que habitualmente acontece, quod plerumque accidit, y es impuesta por razones de orden cultural y social en pro de la estabilidad de la familia al impedir que se atribuya prole adulterina a la mujer casada. Con esta presunción se potencia la paz familiar”*<sup>118</sup>.

El fundamento de la presunción *pater is est* se encuentra en la suposición de que el marido y la mujer sostienen relaciones sexuales y de que la mujer es fiel al varón, por lo que el hijo no puede ser de otro hombre. Los efectos de esta presunción pueden ser tanto, apoyar la filiación basándose en el vínculo consanguíneo, o apoyándola en un vínculo civil.

Por lo que, a diferencia de lo que sucede en el caso de la paternidad en la que la figura del padre suele estar asociada a una función social y jurídica, la maternidad siempre apareció unida al vínculo biológico que se establece entre la madre y el hijo durante el periodo de la gestación; surgiendo la interrogante

---

<sup>117</sup> Cfr. CANESSA VILCAHUAMÁN, Rolando Humberto... Op. Cit., p. 109.

<sup>118</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y SIVERINO, Paula... Op. Cit., pp. 608-609.

*¿si es posible escindir la figura de la maternidad entre lo genético y lo biológico (gestación)?*<sup>119</sup>

Esta situación ha generado la elaboración de algunas teorías que intentan establecer la importancia que asume factor biológico, genético y voluntario en la atribución de la maternidad, surgiendo la pregunta respecto a quien debe ser considerada como madre legal.

### **2.3.1 Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad**

Al analizar la Técnica de “útero subrogado” aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *mater semper certa est*, el mismo que viene siendo utilizado como criterio determinante para establecer la maternidad en el ordenamiento jurídico peruano. Por lo que, aquella mujer que diera a luz a un niño es madre legal por imperio de la ley, es decir, automáticamente lo es en virtud del principio pauliano.

El ordenamiento jurídico peruano no señala diferenciación alguna entre madre genética y mujer gestante debido a que es inconcebible jurídicamente, en la actualidad disociar estas figuras, partiendo el Código Civil del supuesto que ambas condiciones (mujer gestante y madre genética) coinciden en una sola mujer.

#### **A) Teoría de la preferencia de la gestante**

Tradicionalmente la maternidad era determinada por el hecho del parto, sobre la cual se sustenta la presunción de la maternidad desde las mismas instituciones jurídicas romanas y en muchas jurisdicciones madre es quien da a luz. Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto.

---

<sup>119</sup> ARÁMBULA REYES, Alma. *Maternidad Subrogada*, Cámara de Diputados, Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política exterior, Centro de Documentación, Información y Análisis, 2008, p. 13.

TRABUCCHI afirma que tratándose de la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico, puesto que, a diferencia de lo que sucede en la paternidad, el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. De ahí, que el autor reformule el concepto de responsabilidad utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica. Por tanto, la maternidad es una figura que no se contemplaba pasible de ser desdoblada, ya que en este caso el elemento responsabilidad está estrechamente unida a la veracidad que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posesión de la madre. En ese sentido, la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido, debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que pueda tener calor alguno los acuerdos celebrados con otras personas<sup>120</sup>.

De lo expresado, se concluye estableciendo los diversos papeles que asume el elemento de responsabilidad en las relaciones parentales, mientras que la madre es por la fuerza de la naturaleza misma, puesto que al padre se le reconoce en virtud de una construcción social.

### **B) Teoría de la contribución genética**

Un sector de la doctrina considera que en el caso que la gestante solo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer que aportó el gameto. Es así que los partidarios de esta postura admiten que se podría impugnar la maternidad por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo sobre la base de la realidad genética, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> En ese sentido TRABUCCHI afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente *ad extrínseco* en la vida del nacido. De manera que, para negar la maternidad de la mujer que a luz, se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo, esto es, la labor de la mujer gestante no es una labor para otros sino que está destinada a la formación y al desarrollo del propio hijo. Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia... Op. Cit., p. 193.

<sup>121</sup> Cfr. LAMM, Eleonora... Op. Cit., pp. 33-34.

Complementando lo mencionado, PANTALEON enfatiza en el elemento genético porque a su juicio es, sin duda alguna, el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la importancia de la íntima relación existente entre la madre gestante y el feto durante los nueve meses de gestación<sup>122</sup>. De acuerdo con esta corriente, el verdadero signo de la maternidad viene constituido por la transmisión del patrimonio genético que solo la fecundación y no la gestación, puede ofrecer<sup>123</sup>.

Aparece entonces, a favor de la madre genética, el argumento de la realidad biológica porque el niño tendrá sus rasgos genéticos; y a favor de la portadora aparece el proceso de gestación, el mismo que produce un vínculo intenso e íntimo entre la mujer gestante y la criatura que crece en sus entrañas y el acto inigualado del alumbramiento.

### **C) Teoría de la intención**

En la actualidad existe una nueva corriente jurídica, acerca de la determinación de la maternidad en los casos de los menores nacidos mediante la técnica de “útero subrogado”, que afirma lo siguiente:<sup>124</sup>

*“la existencia del principio de la procreación libre y responsable y de la voluntad a la procreación como acto dual del varón y la mujer jurídicamente relevante, constituye un criterio válido para designar a la madre... Se debe determinar la maternidad de la mujer sin cuya acción conjuntamente con la de su compañero, no se hubiese*

<sup>122</sup> Cfr. PANTALEON, Fernando. “Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida”, *Jueces para la democracia*, N° 5, 1988, p. 25.

<sup>123</sup> Asimismo GORSASSINI alega que la lógica según la cual la gestación crea un vínculo más fuerte con el nacido, es desmedida por la lógica del sentido común. Si el óvulo de una mujer negra gestado por una mujer blanca no hace blanco al nacido, tampoco la mayor duración del embarazo garantiza que la mujer blanca sea mejor madre que la negra. De igual manera, la madre genética puede vivir con mayor intensidad la gestación que la madre uterina, así como el padre no tiene vínculo afectivo menor con el concebido por no llevarlo en su seno. A ello se añade que siempre es técnicamente posible crear una máquina para la gestación artificial, de manera que es posible que exista nacimiento sin parto, supuesto en el cual este dato pierde utilidad para determinar la maternidad, a menos que se piense atribuir la maternidad a tal máquina incubadora. Cfr. MORÁN DE VICENZI, Claudia. ... Op. Cit., p. 204.

<sup>124</sup> CABRERA, Gladys Rebeca. *Discordia en la tienda de Abraham una relectura de Gn16,1-16; 21,1-2. Vientre en alquiler: una realidad bíblica, un problema moral hoy*, Trabajo de grado para el título de Doctora en Mujer, Escritura y Comunicación, Caracas, Universidad de Sevilla, 2015, p. 20.

*efectuado el proceso biológico que da origen a un nuevo ser humano. Así, en los supuestos de [útero subrogado] **se deberá reconocer como madre a la mujer que colaboró con el nacimiento del nacido es decir quien desea ser madre legal**" (énfasis nuestro).*

Complementando la idea, el doctor ALARCÓN ROJAS<sup>125</sup> en cuanto a la determinación de la maternidad propiamente dicha, precisa que:

*"la determinación de que la mujer a quien se le atribuye la calidad jurídica de madre es la misma que ha generado a partir de un hecho ostensible: el parto; dicho de otra manera, el alumbramiento hace evidente que una mujer ha generado un ser humano y en consecuencia ese mismo hecho impone que ella ostente la calidad jurídica de madre. Establecida así esta calidad, surge entre la madre y el hijo una recíproca relación jurídica que se conoce como filiación".*

De manera que, esta teoría doctrinaria define la posibilidad de una maternidad social, es decir, que el presupuesto del hecho del parto sea sustituido por el de la libertad y responsabilidad de la procreación de los cónyuges, siendo este el criterio más favorable a los intereses del menor en los casos de útero subrogado. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer que tuvo la voluntad procreacional, que originó el nuevo ser humano y desee tener la calidad de madre legal.

Agregamos a lo ya esbozado, que un sector de la doctrina sostiene que las normas civiles exigen la concurrencia del dato biológico-genético y del elemento voluntario, por lo que, la maternidad deberá determinarse a favor de la mujer que ha contribuido mediante su aporte genético y que, además, hubiese manifestado su voluntad de asumir el papel legal de madre.

En consecuencia, se propone que si existe controversia en la determinación de dicha maternidad, el legislador podrá apartarse del principio romano y fundamentar la precisión de la maternidad basándose en la identidad genética o vínculo genético, que recae en el principio de la verdad biológica, el mismo que *"significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien*

---

<sup>125</sup> ALARCÓN ROJAS, Fernando... Op. Cit., p. 134.

*verdaderamente lo sea*<sup>126</sup>, bajo este principio se busca una adecuada y veraz identidad entre los seres humanos, asistiéndole un derecho reconocido: derecho a conocer su verdadera identidad. Así pues, el derecho a una verdadera filiación se condice con el derecho a la identidad, que demandan la existencia de normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es hijo<sup>127</sup>, en otras palabras, es de suma importancia el conocimiento del origen biológico dentro de los aspectos de la identidad personal y es lo que se debe preservar en el derecho teniendo como aspiración todo ser humano: conocer quienes lo han engendrado.

Por todo lo antes expuesto, se puede agregar que en el Perú la determinación de la maternidad queda establecida por el hecho del parto y la identidad del hijo, sin embargo, no puede ser exigible la coincidencia de ambos supuestos cuando se pretenda obtener la filiación de los niños nacidos bajo la técnica de “útero subrogado”, siendo importante en estos casos la aplicación de estos dos supuestos: la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar adecuada maternidad.

---

<sup>126</sup> PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor -o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación*, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 17 [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art44.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF)

<sup>127</sup> Cfr. Proyecto de Ley N° 4962/2015-CR. *Ley que permite la declaración notarial de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada*. 2015 [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en: <http://enfoquederecho.com/wp3/wp-content/uploads/2015/11/Proyecto-de-Ley-que-permite-declaraci%C3%B3n-notarial-de-paternidad-extramrimonial-de-hijo-de-casada.pdf> También es citado en ZENERE, Gisela Guillermina y BELFORTE, Eduardo Ariel. *El Poder y el Derecho a la verdad biológica*. 2017. [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en: <http://www.anupa.com.ar/articulos/page11.html>

### **CAPÍTULO 3**

#### **DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD A FAVOR DE LA MADRE GENÉTICA Y LINEAMIENTOS JURÍDICOS**

El análisis del tercer capítulo tiene como referencia desarrollar la importancia de la prueba genética del ADN en los casos de menores nacidos mediante la técnica de “útero subrogado” a fin de determinar el real nexo filial materno del menor, y además se estudia la incorporación de dicha prueba genética en nuestra legislación, concluyendo si afecta o no el derecho fundamental a conocer su origen biológico fundamentado en el principio de verdad biológica y el interés superior del niño.

En ese mismo acápite se analiza la ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico en torno a la técnica de “útero subrogado”, y se expone el criterio jurisprudencial respecto a dicha técnica. Entonces, habiendo demostrado la colisión entre la técnica de “útero subrogado” y el axioma romano *mater semper certa est*, se propone lineamientos mínimos que debe contener una propuesta legislativa en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

#### **3.1 Importancia de la aplicación de la prueba del ADN en la Técnica de “útero subrogado” para la determinación de la filiación**

En el capítulo anterior abordamos que la filiación de los niños nacidos bajo la técnica de “útero subrogado” deberán tener como únicos supuestos para la determinación de la maternidad: la voluntad procreacional y la identidad genética. No obstante, la dificultad más clásica que afronta la técnica de “útero subrogado” es la determinación de la maternidad y la filiación.

El objeto de la prueba en las acciones de filiación es siempre determinar la existencia del nexo biológico paterno-materno-filial, por lo que actualmente una prueba biológica como la prueba de ADN nos permite determinar con absoluta certeza la herencia genética que aporta cada uno, por lo que en este acápite se abordará la importancia de la prueba de ADN en la determinación del nexo filial.

### **3.1.1 El ADN como material genético**

El ADN es una molécula que contiene la información genética de un nuevo ser, en la que se determina que el nuevo individuo posee unas características propias e irrepetibles, de ahí que el doctor KADAGAND LOVATON<sup>128</sup> señale que el:

*“Acido desoxirribonucleico es un compuesto químico orgánico presente en todas las células vivas. Se encuentra en los cromosomas del núcleo celular que contienen los genes. Según las teorías modernas un cromosoma se compone de una o varias moléculas de ADN. Su contenido es el de preservar la información genética (código) y, con ayuda de ésta planificar y controlar las estructuras de las proteínas celulares, es decir que las claves genéticas se encuentran archivadas en el núcleo de la célula que forma el ADN”.*

El ser humano posee en cada una de sus células nucleadas 46 cromosomas, y los cromosomas contienen en su estructura la sustancia química de alto peso molecular denominada ácido desoxirribonucleico que se encuentra en el núcleo de toda célula y según el postulado de la teoría celular enunciada por VIRGHOW en 1855 “toda célula procede de otra célula”, en el caso del ser humano, todas las células surgen de una inicial

---

<sup>128</sup> KADAGAND LOVATON, Rodolfo. *Misterio Científico del ADN*, Lima, Editorial Rodhas, 1999, p. 98.

denominada cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre<sup>129</sup>.

La fusión de ambas conforma la información genética dando lugar al material genético del hijo, porque el óvulo y el espermatozoide aportan la mitad al nuevo ser humano, de las informaciones genéticas transmitida por los progenitores, de aquí, el término de individualidad biológica<sup>130</sup>.

De modo que, con la prueba de ADN se analiza la información genética del hombre y la mujer que se traslada en el ácido desoxirribonucleico. Ese contenido genético del ADN es la expresión hereditaria recibida en partes iguales de ambos padres, dando como resultado de ambas aportaciones la composición del material genético de los padres en el ADN del hijo<sup>131</sup>.

Entonces, la función de dicha prueba genética consiste en transmitir los caracteres hereditarios y esto lo realiza “ordenándole” a la célula (codificando) que fabrique determinadas proteínas. A un sector de la cadena de ADN que codifica la fabricación de una proteína denominada “Gen” por ejemplo, el color de los ojos, color del pelo, grupo sanguíneo, etc., que son manifestaciones de los genes que poseemos<sup>132</sup>. En otras palabras, la prueba del ADN es la “*demostración de la verdad de una afirmación de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho*”<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Cfr. FLORES ROSAS, Julio Jesús y SILGUERRA QUISPE, Richard Fausto. *La Vulneración del Principio de Valoración conjunta de la prueba en el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*, Tesis para optar el título de abogado, Huancayo – Perú, Universidad Peruana “Los Andes”, 2015, pp. 35-36.

<sup>130</sup> Cfr. MIRANDA CANALES, Manuel Jesús. *ADN como prueba de la filiación en el Código Civil*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2007, pp. 75-76.

<sup>131</sup> Cfr. BRENA SESMA, Ingrid. “La determinación de la filiación con base en la prueba genética, repercusión de ciertos derechos humanos” en *El derecho y la Salud. Temas a reflexionar*, México, Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 88.

<sup>132</sup> Cfr. ALVARADO CALDERÓN, Luis Alberto. *El A.D.N. como medio de prueba científico en la filiación*, Tesis para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010, p. 80

<sup>133</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Editorial Heliasta, 2000, p. 327.

Así, el llamado Análisis de ADN o Huellas Digitales Genéticas son “*un conjunto de técnicas utilizadas para detectar sectores en la cadena de ADN que son variables en la población. La elección de la técnica a aplicar estará determinada por la cantidad y calidad del ADN presente. EL ADN se encuentra virtualmente en todas las células humanas*”<sup>134</sup>.

Las muestras para la tipificación del ADN pueden provenir de cualquier tejido del cuerpo como por ejemplo del pelo, huesos, saliva, esperma, piel, etc., y generalmente se obtiene por punción venosa. Aunque en la actualidad no es necesaria la punción venosa para extraer sangre y el método que se va imponiendo es la determinación del ADN por hisopado de la mucosa bucal, método mal llamado de la saliva, en el cual se permite obtener miles de células mediante un suave raspado de escasos minutos de la parte interna de la mejilla<sup>135</sup>.

Por lo que, la contundencia de los resultados que brinda la tecnología del ADN, estriba en dos cuestiones fundamentales: la primera, es la forma como la misma hace posible individualizar a los seres humanos con gran precisión, permitiendo con ello determinar la huella dactilar química, denominada comúnmente *genetic fingerprint*<sup>136</sup> y la segunda, es la manera como se determina la inclusión del vínculo filial controvertido, porque éste se diagnostica a través de la comparación de las autoradiografías de los ascendientes y descendientes<sup>137</sup>.

Con lo cual, la prueba de ADN constituye un “*elemento decisivo y suficiente para resolver los juicios de filiación, porque arroja conclusiones de certeza*”

---

<sup>134</sup> ÁLVAREZ LOAYZA, Juan. “La prueba de ADN y la filiación extramatrimonial” en *Normas Legales: Doctrina, Jurisprudencia y Actividad Jurídica*, Lima- Perú, Editorial Normas Legales, 2004, p. 47.

<sup>135</sup> Cfr. FLORES ROSAS, Julio Jesús y SILGUERRA QUISPE, Richard Fausto... Op. Cit., p. 38.

<sup>136</sup> Traducida al español significa huella genética.

<sup>137</sup> Cfr. ZAPATA DURÁN, Roberto Wesley, *La Prueba en los procesos de filiación*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011, p. 272.

*prácticamente absoluta sobre el vínculo de filiación que se discute*"<sup>138</sup> o que se encuentra en controversia.

La prueba de ADN resulta de gran utilidad en el ámbito jurídico, por presentar una experticia infalible en la identificación personal y familiar, de allí que su ámbito de aplicación está dada, esencialmente, en el campo civil y penal. En este último permite identificar al criminal a partir de cualquier elemento o fluido corporal hallado en el lugar de los hechos; mientras que en el ámbito civil, la ciencia biogenética ha permitido descubrir y perfeccionar procedimientos técnicos para investigar y luego atribuir biológicamente la filiación, a fin de lograr la coherencia legal entre la filiación social y la biológica<sup>139</sup>.

Con lo cual, en el derecho civil el ADN sirve para la determinación de la paternidad o maternidad, destacándose, en la actualidad, la relevancia que tiene la prueba genética del ADN, en los juicios de filiación, por considerarse que contribuyen con el principio de la verdad biológica, debido a que el ADN cumple un rol fundamental en los procesos judiciales como en la vida privada de personas que desconocen su identidad filiatoria.

En síntesis, la aplicación efectiva de la prueba de ADN en el Derecho se encuentra en las huellas digitales genéticas o análisis de ADN, porque mediante su aplicación se cuenta con una herramienta de valor inestimable en la resolución de casos, en especial los de filiación.

### **3.1.2 La incorporación de la prueba del ADN en la legislación peruana**

---

<sup>138</sup> ALVARADO CALDERÓN, Luis Alberto... Op. Cit., p. 89.

<sup>139</sup> El Primer antecedente en los anales judiciales en que se recurrió a la prueba de ADN fue en Inglaterra, cuando las cortes, allá por enero de 1988, condenaron a cadena perpetua a Colín Pitchfork por el asesinato de Linda Mann y Dawn Ashworth al determinarse que las muestras de semen obtenidas de ambas víctimas pertenecían al acusado. Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales...* Op. Cit., 1997, pp. 53-56.

El Código Civil vigente desde el 14 de noviembre de 1984 primigenio admitía en los juicios de filiación (paternidad y maternidad) la prueba negativa de los grupos sanguíneos y otras pruebas de validez científica. Nos parece fundamental señalar que en este tipo de juicios las pruebas biológicas cumplen un rol primordial.

Las pruebas biológicas<sup>140</sup> son procedimientos biológicos que establecen, con un elevadísimo grado de certeza, el porcentaje de probabilidad de inclusión o exclusión de una persona en la paternidad o maternidad de otra, destacándose alguno de estos métodos como el de sistemas sanguíneos que alcanzaban absoluta certeza como prueba negativa, en otras palabras, otorgan plena seguridad de la no paternidad o maternidad de una persona, no pudiendo avanzar en la solución del problema concreto de saber quién era el progenitor<sup>141</sup>.

Hasta hoy las formas de acreditar la filiación, ya sea materna o paterna, están sustentadas en presunciones romanistas que han perdurado hasta nuestros días. Sin embargo, conforme ha avanzado la ciencia, la normativa en Derecho de Familia está siendo emplazada por experiencias genéticas. Es así que, si inicialmente se aplicaba la prueba de histocompatibilidad (HLA) la cual podía descartar o imposibilitar la paternidad, avalándose en el hecho de existir incompatibilidad de los factores biológicos, ahora con la prueba de ADN no solo se descarta al presunto progenitor sino que *“permite acreditar la relación bioparental entre el presunto padre y el hijo”*<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Entre las pruebas científicas para determinar la filiación biológica tenemos: las pruebas negativas que son las pruebas de los grupos sanguíneos o hematológica; la prueba del sistema de histocompatibilidad (HLA humano leucocito antígeno), así como las pruebas de proteínas séricas; y entre las pruebas positivas están: la prueba de los marcadores genéticos, más conocida como el ADN, la prueba de polimorfismos cromosómicos y la prueba de dactiloscopia y palmatoscopia. Cfr. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Contestación de la Paternidad" *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Derecho de Familia (Primera Parte)*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 624.

<sup>141</sup> Cfr. FLORES ROSAS, Julio Jesús y SILGUERRA QUISPE, Richard Fausto... Op. Cit., pp. 32-33

<sup>142</sup> KADAGAND LOVATON, Rodolfo... Op. Cit., p. 166.

Es así que, mediante la Ley N° 27048<sup>143</sup>, publicada el 06 de enero de 1999, se modifica diversos dispositivos del Código Civil Peruano de 1984, incorporando a nuestra legislación la prueba de ADN como medio certero para establecer la existencia del vínculo parental. El reconocimiento de la prueba de ADN, por nuestra legislación obedece a la necesidad de poner al servicio de la ley los avances que, en materia biológica ofrecen, los cuales deben ser usados en beneficio de la humanidad en situaciones como: probanza de lazos de parentesco, determinación de la paternidad o maternidad<sup>144</sup>, entre otras.

A pesar de la incorporación de la prueba de ADN en nuestra legislación, en aquel momento el tema procedimental generaba gran problema, ya que se llevaba a través de un ordinario o proceso de conocimiento, con lo cual dicha prueba no ofrecía agilidad o eficiencia en un proceso, porque se discutía la validez de la prueba y su aplicabilidad en los procesos judiciales. Sin embargo, cuando se detectó que habían cerca de un millón y medio de personas que tenían directa o indirectamente problemas de filiación extramatrimonial, surge así la necesidad de contar con un procedimiento propio que respete los derechos de las partes involucradas, utilizando medios coercitivos y eficaces que permita alcanzar justicia de manera oportuna<sup>145</sup>, es decir, la propia prueba, la validez, eficacia y resultado hizo que se cree un proceso especial para ello.

Fue en el año 2005, a través de la Ley N° 28457, Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial, que se estableció el denominado proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Posteriormente esta norma fue modificada, primero por la Ley N° 29715, luego por la Ley N° 29821; y finalmente, en el 2017 se publicó la Ley N°

---

<sup>143</sup> Ley N° 27048. Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la Declaración de paternidad y maternidad. Diario Oficial El Peruano, Perú, 06 de enero de 1999.

<sup>144</sup> Cfr. MIRANDA CANALES, Manuel Jesús. *ADN como prueba de la filiación en el Código Civil...* Op. Cit., pp. 170-174.

<sup>145</sup> COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – CERIAJUS. Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia, Lima, 2004, p. 413.

30628<sup>146</sup>, en la cual se mantiene la prevalencia de la prueba de ADN como medio certero para determinar el nexo filial entre el hijo y el presunto progenitor.

### **A) La prueba de ADN en el Código Civil**

En ese contexto, la prueba de ADN, ha sido recogida en el Código Civil de 1984, en las cuales se ha establecido la posibilidad de su actuación en los procesos relacionados con la paternidad y la maternidad, dentro de las cuales se da particular relevancia dicha prueba. De ahí que, se contemple en el artículo 363º del Código Civil, y precisando textualmente:

#### **"Acción contestatoria de la paternidad**

*Artículo 363.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:*

- 1. Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.*
- 2. Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.*
- 3. Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2); salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.*
- 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta.*
- 5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El Juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza." (\*)***

*(\*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, en los casos de negación de paternidad matrimonial a que se refiere este Artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza".*

La Ley N° 27048 atribuye a la prueba de ADN un alto grado de certeza, capaz de desvirtuar cualquiera de las 4 causales o presunciones del artículo

---

<sup>146</sup> Ley N° 30628. Ley que modifica el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Diario Oficial El Peruano, Perú, publicada el 02 de agosto de 2017.

363° del C.c. facultando al Juez para desestimarlas en el supuesto que aquella prueba genética demuestre lo contrario, esto es, aún en los casos que se hayan probado los hechos sustentarlos de aquellas cuatro presunciones, establecerá el vínculo parental genético y resultará consecuentemente infundada la acción de negación o impugnación de la paternidad matrimonial<sup>147</sup>.

El inciso 5 del artículo antes mencionado, permite desvirtuar la paternidad matrimonial recurriendo a los procedimientos científicos, ya que el objetivo del ADN es de ser un medio de prueba que sustente la contestación de la paternidad. Así, el ADN es admitida como una prueba que posibilita la contradicción a la atribución legal de paternidad, afirmando y acreditando que el demandante no es el padre del hijo que se le atribuye como tal (*pater is est*)<sup>148</sup>.

El Código Civil Peruano incluye por primera vez la acción de impugnación de la maternidad en el artículo 371°, siendo una figura distinta a la negación de paternidad.

***“Impugnación de la maternidad***

*Artículo 371.- La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo. (\*)*

*(\*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, en los casos de impugnación de maternidad a que se refiere este Artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.*

Al respecto, en ambos casos el hijo no es de la mujer que aparece como madre. El caso de parto supuesto, se presente cuando la presunta madre no ha dado a luz y pese a ello realiza la inscripción de la criatura como si fuera hijo suyo sobre la base del certificado de nacimiento vivo. Por su parte, la suplantación de hijo se presenta cuando habiendo dado a luz la mujer se anota como hijo como propio, no el hijo que ha tenido sino a otro<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> Cfr. NINA COHAILA, Víctor Hugo... Op. Cit., p. 23.

<sup>148</sup> Cfr. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia... Op. Cit., p. 624.

<sup>149</sup> *Ibíd*em, p. 651.

La acción de impugnación de la maternidad está destinada a demostrar que no existe un vínculo real de filiación entre el hijo y la mujer que aparece como su madre, partiendo del supuesto que la maternidad se determina con el hecho del parto y la identidad del recién nacido con la madre.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27048, en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo se admite la prueba del ADN u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza, el mismo que servirá para demostrar si existe o no el nexo biológico entre la presunta madre y el hijo.

Cabe señalar que los supuestos estudiados constituyen ilícitos penales que se encuentran tipificados en el Código Penal, en el capítulo de delitos contra el estado civil<sup>150</sup>, estipulando en su artículo 144 la sanción a la mujer que finge embarazo o parto y también al médico u obstetra que coopere con la ejecución del ilícito penal; y en su artículo 145 castiga a quien sustituye un menor por otro.

Concerniente a la acción de filiación el Código Civil establece:

***“Acción de filiación***

*Artículo 373.- El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es imprescriptible y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos. (\*)*

*(\*) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 27048, publicada el 06-01-99, en los casos de acción de filiación a que se refiere este Artículo, es admisible la prueba biológica, genética u otras de validez científica con igual o mayor grado de certeza”.*

---

<sup>150</sup> Artículo 144: Fingimiento de embarazo o parto

La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

La misma pena privativa de libertad y, además, inhabilitación de uno a tres años, conforme al Artículo 36 inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito.

Artículo 145: Alteración o supresión de la filiación de menor

El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años.

Las acciones de filiación constituyen una especie de las acciones de estado de familia. Su finalidad puede ser la de obtener o aniquilar el título de estado de hijo y el correlativo de padre o madre emplazado en el correspondiente proceso. Asimismo, las características de la acción de filiación son: i) Imprescriptibles, ii) Irrenunciable, pues se establece que las acciones de filiación no se extinguen por renuncia expresa o tácita. La acción de reclamación de la filiación es aquella que tiene por objeto que el juez declare que el demandante goce de determinado status familiar. Es por tanto, una acción que permite al accionante que el órgano jurisdiccional le reconozca el goce de la filiación matrimonial con relación a personas determinadas<sup>151</sup>, en otras palabras, mediante este dispositivo legal, se faculta al hijo a pedir se declare su filiación matrimonial.

Así también, el C.c. contempla la prueba genética del ADN en el artículo 402º inciso 6.

***“La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada:***

*6. Cuando se acredite el vínculo parental entre el presunto padre y el hijo a través de la prueba del ADN u otras pruebas genéticas o científicas con igual o mayor grado de certeza.*

*Lo dispuesto en el presente inciso no es aplicable respecto del hijo de la mujer casada cuyo marido no hubiese negado la paternidad.*

*El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza<sup>152</sup>”.*

Este artículo solo estipula seis supuestos para el establecimiento de la filiación extramatrimonial siendo enumerados con precisión. La finalidad de este último inciso es determinar que el vínculo de filiación jurídico coincida con la filiación biológica, siendo uno de los requisitos indispensables que el marido de la mujer casada haya negado la paternidad del hijo.

---

<sup>151</sup> Cfr. PINELLA VEGA, Vanessa. *El interés superior del niño/niña vs el principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. Tesis para obtener el Título de Abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014, pp. 29-30.

<sup>152</sup> Inciso 6) modificado por la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 28457. Ley N° 28457. Ley que regula el proceso de paternidad extramatrimonial, Diario Oficial El Peruano, Perú, publicada el 07 de enero de 2005.

De lo analizado, se verifica que el mayor impacto de la inclusión de la prueba de ADN en el sistema peruano se da en el campo de la filiación porque es un medio que ofrece casi certeza absoluta debido a que gracias al perfil genético es posible realizar comparaciones que permitan establecer parentesco o filiación, es decir, se puede conocer quién es el progenitor.

De lo esbozado líneas precedentes, y de la normativa establecida en la legislación peruana se observa que la maternidad es comprobable (hecho del parto y la identidad del hijo) mientras que la paternidad es presumible, de allí los supuestos creados por la ley sean presunciones y supuestos para aproximarnos a las relaciones filiales. En ese sentido, se alega que la declaración de maternidad es una declaración de pura ciencia, determinada por la presunción *mater semper certa est*, mientras que la declaración de paternidad que una declaración de voluntad, determinada por la presunción *pater is est*<sup>153</sup>.

Es preciso señalar que la Ley N° 27048 y su última modificatoria Ley N° 30628, con todas sus bondades, contenía ciertos aspectos problemáticos, tales como la restricción solo al reconocimiento de la paternidad, dejando de lado el de la maternidad o de la filiación.

Por ello, se propone que con similar justificación jurídica tenga que aplicarse la prueba de ADN u otras de igual o mayor certeza científica a la investigación judicial de la maternidad, a fin de poder acreditar el vínculo maternal entre la presunta madre y el hijo mediante la actuación de la prueba del ADN u otras, con la posibilidad o seguridad de desestimar las dos presunciones del artículo 409° C.c. En tanto que, las pruebas genéticas como el ADN están orientadas, desde el punto de vista positivo, a demostrar la filiación de paternidad o maternidad; y también desde el punto de vista negativo, están en capacidad de demostrar lo contrario, vale decir la

---

<sup>153</sup> Cfr. VARSÌ ROSPIGLIOSI. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial...* Op. Cit, pp. 188-190.

inexistencia del vínculo parental o maternal, incluso la posibilidad de impugnar o negar el reconocimiento otorgado, por acción del padre o de la madre, que no intervino en dicho acto jurídico o por el propio hijo<sup>154</sup>.

En consecuencia, podemos decir, que “*existe discriminación contra la mujer, contra la madre, que no tiene facultad para declarar el origen de su hijo*”<sup>155</sup>, aunado a ello, el Código Civil en el artículo 372<sup>156</sup> determina que para impugnar la maternidad en los casos de parto supuesto o suplantación de hijo, solo corresponde a la presunta madre, y en caso de que ella falleciera, le corresponde a sus herederos siempre y cuando aquella haya dejado iniciado el proceso, mientras que la acción para contestar pueden iniciar la demanda de paternidad el marido y a sus herederos y descendientes (artículo 367<sup>157</sup>), con lo cual se otorga un tratamiento distinto, en el caso de las mujeres.

Coincidiendo con la posición adoptada por el jurista VARSÍ ROSPIGLIOSI cuando refiere que, sea el padre o la madre, la filiación requiere de un mismo sistema para su determinación, puesto que actualmente en la materia hay un trato desigualitario entre el hombre y la mujer, esta disparidad es establecida por la ley<sup>158</sup>.

Se precisa que, el artículo 371° del Código Civil vigente únicamente señala los casos de parto supuesto y suplantación de hijo como supuestos de la impugnación de maternidad, sin tener en cuenta aquellos casos de fecundación extracorporal que también podría dar lugar a esta acción, por lo

---

<sup>154</sup> Cfr. NINA COHAILA, Víctor Hugo... Op. Cit. 25.

<sup>155</sup> MEZA INGAR, Carmen. “La verdad biológica y la ley”, *Revista Jurídica “Docentia et Investigatio”*, Vol. 09, N° 02, 2007, p. 81.

<sup>156</sup> *Artículo 372.*- La acción se interpone dentro del plazo de noventa días contados desde el día siguiente de descubierto el fraude y corresponde únicamente a la presunta madre. Sus herederos o ascendientes sólo pueden continuar el juicio si aquella lo dejó iniciado. La acción se dirige contra el hijo y, en su caso, contra quien apareciere como el padre.

<sup>157</sup> *Artículo 367.*- La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquél lo hubiese iniciado.

<sup>158</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial...* Op. Cit., p. 200.

que conviene también analizar aquel supuesto derivado de la implantación del embrión de una pareja en el útero de otra mujer, para que lleve a término el embarazo, originando la inevitable distinción entre mujer gestante y la madre genética. Ante dicha situación, resultaría posible que la mujer a quien pertenece el óvulo fecundado impugne la maternidad, planteando una demanda contra la mujer que dio a luz; sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico aún no ha sido regulado<sup>159</sup> dicha situación.

En síntesis, la prueba de paternidad o de maternidad basada en el ácido desoxirribonucleico (ADN con índices de certeza absoluta en porcentajes superiores al 99.99%) es la técnica médica, biológica y científica que permite establecer la identidad genética (huella genética única que permite conocer la verdad biológica sin lugar a equívocos) y la relación filial legítima respecto de quien engendró o procreó, al ser el ADN el medio más idóneo en materia de identificación<sup>160</sup>. Por lo cual, el Estado debe asumir con responsabilidad la regulación del instituto jurídico de filiación en cuanto al nexo filial, en especial los lazos de maternidad.

Finalmente, de acuerdo a lo propuesto, en el capítulo anterior, que la madre genética debe ser considerada como madre a efectos civiles, y para demostrar la coincidencia con lo biológico, se propone la necesidad de practicar una prueba de ADN, ya que dicha prueba “*coadyuva a preservar la verdad biológica del menor, así como su derecho a la identidad*”<sup>161</sup>, para de esta forma obtener con precisión una adecuada filiación no menoscabando los derechos del menor nacido bajo la técnica de “útero subrogado”, sino que el fin último es la búsqueda de la coincidencia entre la maternidad genética y la maternidad legal.

---

<sup>159</sup> Cfr. BUSTAMANTE ROSALES, Carola. “Impugnación de la maternidad” en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*. Derecho de Familia (Primera Parte), Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 652.

<sup>160</sup> Cfr. MOJICA GÓMEZ, Liseth. “La prueba de ADN en los procesos sobre filiación”, *Estudio Socio-Jurídico Bogotá (Colombia)*, N° 5, Enero-Junio 2003, p. 253.

<sup>161</sup> MELO YLLATINCO, Hilda. *El proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño en Lima Metropolitana*, Tesis para optar el grado de Maestría en Derecho Civil y Comercial, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2016, p. 56.

### 3.2 Ausencia de regulación en el ordenamiento jurídico peruano en torno a la Técnica de “útero subrogado”

Por ello, en aras de salvaguardar los derechos del menor nacido bajo la técnica de “útero subrogado”, corresponde estudiar la regulación en nuestro ordenamiento jurídico respecto a dicha técnica, esto es, se estudiará si se está protegiendo al menor o se deja al libre arbitrio menoscabando los derechos del mismo.

Previo al análisis jurídico, en torno a la regulación de la técnica de “útero subrogado” resulta conveniente conocer lo que viene acaeciendo en nuestro país sobre dicha técnica, puesto que a través de internet se puede encontrar diversos anuncios de mujeres dispuestas a “alquilar sus vientres”, los que se detallan a continuación:

Grafico N° 01: Anuncio<sup>162</sup>

The screenshot shows a forum post on the website 'Saludisima'. The page header includes a search bar with 'Google Búsqueda personalizada' and a 'Buscar' button. Navigation links for 'Secciones' and 'Comunidad' are visible. The forum post is titled 'Busco vientre de alquiler' and is located in the 'Adopción e infertilidad' section. The post content reads: 'hola me llamo erika soy de lima peru tengo 29 años soltera sin hijos soy una joven sana no tomo no fumo no tengo ningun tipo de vicios soy muy saludable deseo poder ayudarte y me pongo a disposición de alguna pareja que desee un vientre en alquiler dispuesta a viajar por favor contactarme a mi correo [candy\\_24\\_leon@\\*\\*\\*\\*\\*](mailto:candy_24_leon@*****) y podrá darle mas detalles sobre mi gracias y espero una respuesta .'. The user 'dulceerika' is identified as having 4 messages and being registered on 01 Jun 2014. The forum interface shows 214 messages and a pagination system with page 7 of 11 selected.

<sup>162</sup> SALUDISIMA. *Busco vientre de alquiler*, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://foro.saludisima.com/busco-vientre-de-alquiler-t10235/page120>

## Gráfico N° 02: Anuncio<sup>163</sup>

Inicio / Foro / Maternidad / Ofrezco mi vientre en Perú

Empezar una conversación

### Ofrezco mi vientre en Perú



camilua

6 de enero a las 5:02

Última respuesta: 20 de enero a las 17:16

Hola, soy de Lima Perú de 38 años totalmente sana sin ningún vicio madre de 4 niños, ofrezco mi vientre en alquiler a parejas que desean ser padres es la primera vez que alquiló mi vientre. Las personas interesadas me pueden escribir con total confianza.

Ver el último mensaje

Alertar

↩️ contestar

De modo que, a través de la web se puede verificar que muchas mujeres están dispuestas a ayudar a otras a cambio de miles de soles, sea por necesidad, ganar dinero o por el simple deseo de ayudar<sup>164</sup>. Si bien muchas de estas mujeres actúan de manera independiente, existen organizaciones que reclutan a las mujeres dispuestas a alquilar su vientre<sup>165/166</sup>.

El desarrollo de las Técnicas de Reproducción Asistida no es una realidad extraña en el Perú, ya que se vienen desarrollando estas prácticas en el territorio nacional<sup>167</sup>, a través de diversos centros médicos que ofrecen tratamientos de reproducción asistida, tales como: Clínica de fertilidad Concebir<sup>168</sup>, Clínica de Fertilidad Procrear<sup>169</sup>, Clínica Miraflores. Ginecología y

<sup>163</sup> ENFEMINO. *Ofrezco mi vientre en Perú*, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://maternidad.enfemenino.com/foro/ofrezco-mi-vientre-en-peru-fd3963888#af-post-3963888-17770>

<sup>164</sup> DIARIO LA REPÚBLICA. *Ofrezco mi vientre de alquiler*, de fecha 16 de mayo de 2010, Ubicado [22.X.2017], Obtenido en: <http://larepublica.pe/sociedad/463715-ofrezco-mi-vientre-en-alquiler>

<sup>165</sup> EL COMERCIO. *Peruanas ponen en alquiler su vientre por S/ 70.000 por internet*, de fecha 22 de junio de 2014, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://laprensa.peru.com/actualidad/noticia-vientre-alquiler-peruanas-extranjeros-internet-embarazo-precio-monto-27427>

<sup>166</sup> DIARIO LA REPÚBLICA. *Canal español destapa red de vientres de alquiler en Lima*, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://larepublica.pe/politica/265920-canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima>

<sup>167</sup> Cfr. BURSTEIN AUGUSTO, Miguel Gerardo. *Los Derechos del embrión In Vitro frente a la paternidad, ilegitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida extrauterinas*, Tesis para optar el Grado de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 60

<sup>168</sup> Clínica de fertilidad Concebir, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://www.concebir.com/>

<sup>169</sup> Clínica de Fertilidad Procrear, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://procrear.com.pe/>

fertilidad<sup>170</sup>, entre otras. Esta situación pone al descubierto una realidad, que se da principalmente por una ausencia de regulación expresa al respecto.

Lo expresado, demuestra que el desarrollo y evolución de las prácticas genéticas no han sido ajenos en el Perú, ya que desde hace más de una década han sido puestas en práctica las técnicas de reproducción asistida para aliviar los problemas de las parejas infértiles. Pero, a pesar de ello, no existe un cuerpo legal orgánico y sistemático que regule el desarrollo de la genética y su influencia en las relaciones sociales, de manera que la legislación existente es insuficiente para la regulación de la filiación y las relaciones familiares<sup>171</sup> que se pueden originar.

En el Perú no existe un ordenamiento jurídico especializado que regule las técnicas de reproducción asistida, al revisar la legislación nacional encontramos únicamente el artículo 7° de la Ley General de la Salud<sup>172</sup> que textualmente estipula:

**Artículo 7.-** *Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.*

*Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*

Este dispositivo legal reconoce el derecho a los tratamientos de la infertilidad y el derecho a la procreación. No obstante, no es condición indispensable para recurrir a las técnicas de reproducción asistida el haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, parecer que no es compartido, ya que las TERAS son procesos supletorios de la infertilidad, y la ley debería exigir demostrar el agotamiento de otros tratamientos, a efectos de consolidar los medios y fines

---

<sup>170</sup>Clínica Miraflores. Ginecología y fertilidad, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://www.igf.com.pe/>

<sup>171</sup> Cfr. ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *La filiación paterna en la reproducción humana asistida*, 1<sup>era</sup> Ed., Chiclayo, Editorial Palabra, 2006, pp. 103-105.

<sup>172</sup> LEY N° 26842- Ley General de Salud. Diario Oficial El Peruano, publicado el 15 de julio de 1997.

de la procreación<sup>173</sup>, puesto que dichas técnicas como una alternativa subsidiaria contribuyen a que se concrete la finalidad de lograr tener descendencia.

Así, interpretando la norma en mención se puede expresar que no contiene una prohibición respecto a la realización de la técnica de “útero subrogado”, en tanto que las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica sino que deben estar explicitadas, *contrario sensu*, se vulneraría el principio de clausura que establece que aquello que no está prohibido, está permitido<sup>174/175</sup>.

Además, si se tratase de una norma prohibitiva estaría contemplada en nuestro ordenamiento jurídico penal, pero no es el caso, porque la prohibición expresa que tiene el mencionado artículo se encuentra plasmada en el artículo 324° del Código Penal, normativa que fue incorporada por el artículo 1° de la Ley N° 27636<sup>176</sup>, prescribiendo que:

**Artículo 324.-** *Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al Artículo 36, incisos 4 y 8”.*

Se considera que el artículo 7° de la Ley General de Salud es una norma general y al momento de su dación no se tomó en cuenta la técnica de “útero subrogado” porque antes era impensable que dos mujeres puedan participar en el desarrollo de un ser humano y en la actualidad dos mujeres contribuyen en la formación de un nuevo ser, es decir, se da una disociación de madre genética y mujer gestante.

---

<sup>173</sup> ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia...Op. Cit., 109-110.

<sup>174</sup> Cfr. SIVERINO-BAVIO, Paula. “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales...Op. Cit., p. 216.

<sup>175</sup> En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”. Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 29 de diciembre de 2003. Expediente N° 0013-2003-CC/TC, F. j. 10.6, Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe>

<sup>176</sup> Ley N° 27636: Ley que incorpora al Código Penal el Capítulo V, referido a los Delitos de Manipulación Genética. Diario Oficial El Peruano, Perú, publicada el 15 de enero de 2002.

Como podemos percibir en nuestro derecho positivo se carece de una normatividad que regule el avance de la genética y su influencia sobre las relaciones sociales, de modo que si *“bien existen de manera dispersa algunos artículos sobre la materia, éstos son por demás insuficientes para dar efectiva protección jurídica al sujeto de derecho. En éste sentido es de vital importancia contar con una legislación acorde que regule los avances de la genética en beneficio del ser humano, sobre la base de protección al embrión y a las personas que recurren a las técnicas como beneficiarias”*<sup>177</sup>.

Así pues, las técnicas de reproducción asistida, que se realizan en diversos centros médicos ofrecen tratamientos de reproducción asistida, los mismos que se rigen básicamente mediante la autorregulación<sup>178</sup>, debido a que la legislación que existe al respecto es casi inexistente, y para el caso en concreto que nos ocupa, nula, por ello en tanto no se regulan los aspectos fundamentales ni las consecuencias jurídicas de la aplicación de la técnica de “útero subrogado”, ocasionará una desprotección no solo a la persona sino también a la familia.

En consecuencia, en el Perú no existe un marco normativo que regule la técnica de “útero subrogado” ni para declararla nula ni para admitirla, empero, esta es un práctica que ha sido expuesta principalmente a través de fuentes periodísticas que revelan la forma clandestina e ilegal con la que actúan algunas personas y clínicas involucradas, evidenciando un vacío legal que impide su control y dificultad en la resolución de controversias derivadas de ésta práctica, razón por la cual resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad<sup>179</sup>.

---

<sup>177</sup> Proyecto de Ley N° 00685: Propuesta de Ley que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Congreso de la República, de fecha 13 de setiembre de 2001, Ubicado [22.X.2017], Obtenido en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf/e7414acd4ff8d62b05256cdf006c92bb/da44377f556dd8f305256d24007a87e6?OpenDocument>

<sup>178</sup> Cfr. SIVERINO BAVIO, PAULA. “Madre recibe ovulo fecundado de su hija: comentarios a propósito de una sentencia de maternidad subrogada en el Perú”, *Gaceta Registral: Revista de Jurisprudencia institucional del RENIEC*, Año V, N° 5, 2011, p. 192.

<sup>179</sup> Cfr. ESTRADA MORA, Himilce. *Informe de Investigación N° 71/2014-2015. Maternidad Subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*, Lima, Congreso de la República – Área de Servicios de Investigación, 2014, p. 20.

### **3.2.1 Criterio jurisprudencial respecto a la técnica de “útero subrogado”**

Además de la escueta legislación que existe en nuestro ordenamiento jurídico, ello no ha sido óbice para que se desarrollen controversias jurídicas en torno a la determinación de la filiación, surgiendo de esto, la imperiosa necesidad de conocer los criterios adoptados por los jueces.

Un caso que generó polémica en nuestro país es el acaecido en el Expediente N° 183515-2006-00113<sup>180</sup>, cuando la señora Carla Monique See Aurish y su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber deseaban tener descendencia, no obstante la señora Carla sufría de insuficiencia renal e hipertensión arterial, y de quedar embarazada, su organismo, pondría en peligro su vida como del embrión. Es así que, los esposos deciden llevar a cabo la fecundación in vitro, que al haberse procedido a la concepción, utilizando su propio material genético, el embrión fue insertado en el vientre de Jenny Lucero Aurish De la Oliva. Sin embargo, al nacer Daniela Mendoza Aurish en la Clínica de Miraflores se consigna en la partida de nacimiento como sus padres a Jenny Lucero Aurish De la Oliva y Luis Eduardo Mendoza Barber; esto es, según la partida de nacimiento Daniela y la señora Carla son hermanas e hijas de Jenny Lucero Aurish De la Oliva. Entonces, en virtud a lo acaecido, la madre genética interpone demanda de impugnación de maternidad.

Asimismo, en dicho caso el juez a fin de dilucidar la real filiación materna de la menor ordena la realización de una prueba de ADN, la misma que resultó favorable para la señora Carla, entonces en esta etapa del proceso ¿quién debe ser emplazada como madre: la madre genética o la mujer gestante?, esto es, queda determinar jurídicamente a cuál de las dos es considerada como madre de la menor, aquella que aportó sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergó en su vientre durante toda la

---

<sup>180</sup> Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. *Sentencia de 6 de enero de 2009, Expediente N° 183515-2006-00113*, pp. 1-2. En términos del médico, el cuerpo de la señora See Aurish “nunca podría resistir un embarazo, dado que en caso de quedar embarazada la vida de la actora como del embrión no podrían coexistir”.

etapa de la gestación y alimentó a la niña hasta su nacimiento. Al respecto el artículo 7° de la Ley General de Salud determina que “*toda persona tiene derecho 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*” Sin embargo, el juez se pregunta ¿Cómo se determina la filiación si las condiciones de madre genética y mujer gestante recaen sobre diferentes personas?.

Partiendo de lo ya analizado respecto a la figura de la técnica de “útero subrogado”, y de acuerdo a nuestra legislación dicha figura no está recogida expresamente pero tampoco está prohibida, prueba de ello es que actualmente se viene desarrollando en el país, y genera conflictos ante el Poder Judicial, llegando incluso a cuestionarse las precisiones respecto a la filiación materna del menor o la determinación de la maternidad.

Siendo el caso más emblemático, explicado anteriormente, es el acaecido en el Poder Judicial mediante el Expediente N° 183515-2006-00113 recaído en el Décimo Quinto Juzgado Especializado en Familia en la que se interpone impugnación de maternidad con la finalidad de que se rectifique la partida de nacimiento, en la que erróneamente se señaló como madre de la menor a la mujer que cedió su vientre, esto es, la mujer llevó en su vientre un embrión ajeno hasta el nacimiento de la menor.

En ese contexto, el Juez a fin de dilucidar la real filiación materna de la menor ordena la realización de una prueba de ADN, la misma que determinó el nexo genético- biológico a favor de la demandante, no siendo ésta la que llevó el embarazo, con lo cual se inaplicó el principio romano *mater semper certa est* recogido en el artículo 409° del Código Civil vigente. Además, en este caso el juez de la causa reconoce que si bien, en principio la accionante no estaría legitimada, en la medida que la impugnación de la maternidad solo procede de acuerdo al artículo 317° del Código Civil en caso de suplantación de hijo o simulación de parto, no obstante, considera que media la práctica de una técnica de reproducción asistida (fecundación in vitro), de modo que el

concepto tradicional de maternidad resulta, en este caso, obsoleto y el derecho genético crea nuevos conceptos de maternidad y por ende representa un problema jurídico con diferentes matices, cuya regulación legal resulta insoslayable para armonizar las relaciones humanas en la sociedad<sup>181</sup>.

En ese contexto, la mencionada sentencia resalta que las técnicas de reproducción asistida han dejado desactualizadas las presunciones que la ley tradicionalmente ha utilizado para establecer la filiación, representando un problema jurídico, de ahí que resulte necesaria su regulación<sup>182</sup> y respectivas limitaciones.

A lo largo del estudio, se ha verificado que la única disposición dentro de nuestra legislación sobre las técnicas de reproducción asistida es el artículo 7° de la LGS, cuyo dispositivo reconoce a las personas el derecho de recurrir a tratamientos de infertilidad para hacer frente a los problemas de infertilidad, pero señala que *siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona*.

Advertimos, que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida, por lo que conviene señalar que son métodos supletorios no alternativos, porque buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado<sup>183</sup>.

Sin embargo, en dicha sentencia respecto a la técnica de “útero subrogado” se considera lícita la conducta desplegada por las actoras, y precisa que dicha situación fáctica no está prohibida legalmente, pero tampoco no está expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto por el artículo 2° inciso a) de la Constitución Política del Perú que regula el principio de reserva “*nadie está*

---

<sup>181</sup> Cfr. SIVERINO BAVIO, Paula. “¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas”, *Revista Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 141, Año 15, N° 93, 2010, p. 40.

<sup>182</sup> Cfr. SIVERINO-BAVIO, Paula. “Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú”...Op. Cit., p. 217.

<sup>183</sup> Cfr. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Sentencia del 11 de agosto de 2011, Casación N° 4323-2010-Lima*, p 5.

*obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ello no prohíbe*”, aunado a que la conducta de la portadora, esto es, la mujer que llevó el embarazo a término actuó en forma altruista y por amor a su hija.

De lo resuelto en la sentencia se verifica que el juzgador con el propósito brindar tutela jurisdiccional y no dejar de administrar justicia por vacío de la norma (ante la inexistencia de normativa sobre la materia de estudio), inaplica lo contemplado por el artículo 409° del C.c., apartándose de esta forma del tradicional concepto de maternidad (*mater semper certa est*) para dar respuesta a un hecho real que es la utilización de la técnica de reproducción asistida y teniendo una prueba contundente como de ADN, se acoge de este modo a la teoría de la intención<sup>184</sup>, la misma que no solo exige el dato biológico sino además la voluntad procreacional.

Sobre la base de lo planteado, un dispositivo que regule esta hipótesis es sumamente necesario con miras a la seguridad y protección del nuevo ser que ha de nacer mediante la técnica de “útero subrogado” y para mantener la estabilidad de la nueva familia.

Por todo lo antes expuesto, si bien es cierto que existe disociación entre la norma y los avances de la ciencia, ello no significa una licencia para regular cuanto avance científico surja en el territorio del país, sino que es urgente y necesario que el legislador cree una ley específica sobre métodos de reproducción asistida incluyendo la técnica de “útero subrogado”, contemplando ciertos parámetros que ayuden a conseguir una utilización adecuada de las TERAS y evitar el manejo desmedido de los métodos de reproducción asistida, y así establecer un equilibrio.

---

<sup>184</sup> Véase el Capítulo II, numeral 2.3.

### **3.3 Lineamientos mínimos que debe contener una propuesta legislativa concerniente a la Técnica de “útero subrogado” en el ordenamiento jurídico peruano**

Recogiendo el axioma que el derecho debe regular el acontecer de la sociedad y establecer los parámetros necesarios para una sana y armónica convivencia de la sociedad, en el ámbito de los casos de niños concebidos a través de las Técnicas de Reproducción Asistidas, se ha visto desfasado por situaciones que el hombre ni siquiera imaginaba, como es el hecho de que una madre lo sea sin llevar a su hijo en su vientre.

De lo estudiado en los capítulos precedentes, y con los aportes brindados por la legislación comparada, se propone los siguientes lineamientos mínimos que debe contener una propuesta legislativa concerniente a la técnica de “útero subrogado” en el ordenamiento jurídico peruano.

#### **3.3.1 El respeto a la dignidad de la persona especialmente del concebido por ser la parte más débil: No instrumentalización del hijo**

Así, a lo largo de la investigación se ha señalado que actualmente la reproducción humana puede darse natural como artificialmente, y ésta última se da precisamente para suplir la infertilidad de la pareja y poder tener descendencia, únicamente cuando otros métodos hayan fracasado, debido a su carácter supletorio, de ahí que, cuando se lleve a cabo debe respetarse la dignidad de tanto del concebido como de la mujer gestante.

La Constitución Política del Perú en su artículo 1° reconoce que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; y estipula en su artículo 44° como deber primordial del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Es así que, en reiterados pronunciamientos el máximo intérprete de la Constitución<sup>185</sup> ha establecido textualmente que:

*“la dignidad de la persona humana constituye un valor y principio constitucional portador de valores constitucionales que **prohíbe**, consiguientemente, **que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental**. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo ofensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y sus derechos” (énfasis nuestro).*

La dignidad humana al ser algo intrínseco al ser humano debe ser respetado por todos y ante todo debe respetarse la dignidad del concebido, por ser el más frágil o débil<sup>186</sup>.

En ese sentido, mediante Decreto Supremo N° 011-2011-JUS<sup>187</sup> que aprobó los Lineamientos para garantizar el ejercicio de la bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, en su artículo 2° expresa que *“constituyen un referente vinculante para toda investigación y aplicación científica y tecnológica en torno a la vida humana en el país y se interpreten de modo unitario e integral, destacando primordialmente el respeto de la persona humana y su inherente dignidad”*, asimismo dichos lineamientos tienen como

<sup>185</sup> Véase el Expediente N° 10087-2005-PA/TC, publicado el 18 de diciembre de 2007 en el portal web de la página del Tribunal Constitucional [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe), Fj. 5; y el EXP. N.° 02101-2011-PA/TC, publicado el 05 de diciembre de 2012 en el portal web de la página del Tribunal Constitucional [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe), Fj. 4.

<sup>186</sup> Véase el Expediente N° 02005-2009-AA/TC, publicado el 16 de octubre de 2009, en el portal web de la página del Tribunal Constitucional [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe), Fj. 8, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez.

El *nasciturus*, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución -a diferencia de otros países- declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. Esta posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el *nasciturus* y la mujer. Otorgarle al concebido el *status* de sujeto con derechos implica:

- a) Que el *nasciturus* no es para la Constitución un proyecto de vida o vida potencial. Es un sujeto con derechos.
- b) No es un *bien jurídicamente protegido*, sin derechos fundamentales, según el conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España.
- c) Nuestra Constitución no otorga a la mujer el derecho de abortar de un modo libre.

<sup>187</sup> Véase el Decreto Supremo 011-2011-JUS. Lineamientos para garantizar el ejercicio de la bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, Diario Oficial El Peruano, publicado el 27 de julio del 2011.

objetivo destacar el reconocimiento integral del valor y el sentido de la vida humana, así como el respeto de la dignidad humana como fin y no como medio.

Y ciertamente los avances de la ciencia y de la tecnología han traspasado las barreras, con sus extraordinarias capacidades de intervención sobre las fuentes mismas de la vida, dirigiendo la conciencia no solo de los biólogos y de los cultivadores de la bioética sino también la responsabilidad de los juristas, legisladores y de quienes se encuentran a cargo del gobierno, en el sentido que se trata de procurar que el progreso científico y la tecnología que lo acompaña sea usado para bien, dentro del cauce de la ética y con el respeto a todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, lo cual guarda armonía con el principio de la dignidad de la persona humana, constituyendo el fundamento básico de la bioética<sup>188</sup>.

Entonces, la dignidad de la persona y en tanto titular de derechos significa que al ser humano le corresponde la condición de sujeto de derecho y no de objeto manipulable.

Un sector de la doctrina, justifica el uso de las TERAS (especialmente la técnica de “útero subrogado”) en los derechos reproductivos entendido como *aquellos derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer- sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual- tiene al ejercicio pleno, libre y responsable de su sexualidad centrada – o no- en la procreación*<sup>189</sup>, con lo cual los derechos reproductivos se fundamentan en tres principios: el principio de no discriminación, el principio de autonomía de la

---

<sup>188</sup> Véase la Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 011-2011-JUS. Aprueban Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos. Ubicado [28.X.2017], Obtenido en: [http://observatoriorederechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/legislacion/doc\\_details/575-decreto-supremo-011-2011-jus?tmpl=component](http://observatoriorederechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/legislacion/doc_details/575-decreto-supremo-011-2011-jus?tmpl=component)

<sup>189</sup> MUGA GONZALES, Rossana Esther. “El denominado “derecho a procrear” y la dignidad de la persona humana como presupuesto de todo derecho”, Revista de Investigación IUS, Año 03, N° 06, Julio-Diciembre 2013, p. 4.

voluntad y el principio de la igualdad. Los mismos que podrían encontrar apoyo normativo internacional como interno<sup>190</sup>.

De lo mencionado se desprende que, si bien el Estado asegura la garantía de los derechos, y en este caso, se tiene el deber de proteger la salud reproductiva de la pareja infértil como toda persona, pero ello no significa de ninguna manera que bajo el amparo de los derechos reproductivos se tenga “derecho a tener un hijo” a sus gustos y medidas, pues ello implicaría la cosificación, la desacralización del hijo, olvidándose que el niño es un ser humano que posee dignidad y respeto. Cuestión incontrovertible es el derecho del niño a nacer y tener padres y a tener a una familia. Este Derecho que se puede complementar con el derecho del niño a los padres y a la familia<sup>191</sup>.

El Estado, en su faceta garantista, asegura el resguardo de los derechos teniendo el deber de proteger la salud reproductiva de la pareja infértil como toda persona; resultando cierto que, ello no significa de ninguna manera que se tenga derecho a tener un hijo, sino que implica el mantener la salud y la libertad reproductiva, para posteriormente en pareja formar una familia con hijos, no es de ningún modo un derecho que faculte a recurrir a las TERAS indiscriminadamente, con absoluto dominio del proceso generador de una nueva vida humana<sup>192</sup>.

### **3.3.2 Prevalencia del interés superior del niño y la verdad biológica**

En el presente estudio, se ha dicho que la técnica de “útero subrogado” genera una disociación entre la concepción y la gestación, con lo cual la madre genética y la mujer gestante no recaen en la misma persona, pudiéndose apreciar la posible existencia de vulneración de los derechos como derecho a la filiación, a conocer su origen biológico y el derecho a tener una familia.

---

<sup>190</sup> Véase el Capítulo II, numeral 2.1.4. de la presente tesis.

<sup>191</sup> Cfr. PEREZ PITA, Diana Carolina. *Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú*, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2015, pp. 82-83.

<sup>192</sup> Cfr. MUGA GONZALES, Rossana Esther...Op. Cit. 21.

Entonces, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, los principios permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos; y habiendo señalado reiteradamente, que es necesario contar con una legislación que tenga como lineamientos, entre otros aspectos, la prevalencia del interés superior del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>193</sup> califica a este principio como “superior” porque fundamentalmente se pone de manifiesto que al niño le asiste un verdadero y auténtico poder de reclamar la satisfacción de sus necesidades esenciales, es decir, ocupa un lugar importante en la familia y en la sociedad y que ese lugar debe ser respetado. No se trata, pues, de que un interés prime sobre el otro, sino que es necesario lograr la conjunción dialéctica en la cual el individuo tome en cuenta en su actuar no sólo sus propias necesidades y anhelos, sino también la satisfacción de los requerimientos de los otros integrantes de la familia.

Precisamente, el interés superior del niño *“tiene por objeto principal el limitar y orientar las decisiones según los derechos de los niños, por ello constituye un*

---

<sup>193</sup>Convención 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° 25278 del 3 de agosto de 1990, publicada en el diario oficial El Peruano el 4 de agosto de 1990.

*Artículo 3:*

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. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

*Artículo 27*

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.
2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. ( ... )
4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño (...).

*principio jurídico garantista*<sup>194</sup>, de modo que, este principio sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona, constituyéndose dicho principio como la base o fundamento para adopción de medidas en favor de los niños.

El principio superior del niño o niña también conocido como interés superior del menor, se integra por un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitirán vivir plenamente y alcanzar el máximo bienestar posible a niñas y niños<sup>195</sup>.

El fundamento de este principio es el respeto a la dignidad de la persona humana, reconocido en la Constitución Política, por lo que se entiende que dicho principio se utiliza de tal forma que se tome atención y cuidado con aquellas decisiones y medidas que van a ser primordiales para el bienestar del niño. De modo que, este principio reconoce el carácter integral de los derechos del niño, los mismos que deben ser interpretados sistemáticamente, ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño.

Entonces, al momento de admitir la técnica de “útero subrogado” no puede ni debe apartarse del principio de interés superior del niño, sino por el contrario debe resguardarlo de seguridad jurídica y protección, a fin de que la filiación del menor nacido mediante esta técnica sea reconocida legalmente, puesto que el menor tiene derecho a tener una filiación materna y paterna, así como el derecho a conocer su origen biológico.

Si bien es cierto que el principio de interés superior del niño no solo debe ser tenido en cuenta en las decisiones jurisdiccionales, también resulta cierto que

---

<sup>194</sup> PÉREZ MANRIQUE Ricardo. “El interés superior del niño”, *Revista Uruguaya de Derecho de Familia*, N° 16, 2002, p. 84.

<sup>195</sup> Cfr. VÁLDEZ DÍAS, Caridad del Pilar. “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXXI, 2014, p. 479-480.

se debe constituir una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades, para cualquier política pública o privada que reglamente el uso de las técnicas de reproducción asistida tendrá necesariamente como límite el principio de interés superior del menor<sup>196</sup>.

En ese sentido, el principio de interés superior del niño debe concordar con el principio de verdad biológica. Partiendo para ello, que el derecho a conocer el propio origen biológico entendido como un nuevo derecho o facultad propia y natural del ser humano que, sustentada en el principio de verdad biológica permite averiguar quiénes son sus progenitores, en palabras de la doctora QUEZADA GONZALES se tiene “*el derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular*”<sup>197</sup>.

El derecho a conocer a los padres constituye un derecho fundamental de todo ser humano, que se sustenta en el reconocimiento de que el ser humano, para el pleno desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de su familia. En este orden de ideas, es interesante hacer referencia al primer párrafo del artículo 6º del Código de los Niños y Adolescentes que norma el derecho a la identidad de estas personas del modo que sigue: “*el niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a **conocer a sus padres y llevar sus apellidos**. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad*” (énfasis nuestro).

Así, la verdad biológica va adquiriendo cada vez mayor relevancia significativa en los últimos años, lo cual se debe a los avances científicos y tecnológicos que permiten determinar con un alto grado de certidumbre la paternidad y maternidad biológica del hijo (prueba de ADN). De ahí que, el establecimiento de la verdad biológica se deriva en la relación de filiación y el contenido

---

<sup>196</sup> Cfr. ZALDÍVAR CERPA. Josué. *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada*, Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho de Familia, Arequipa, Universidad Católica Santa María, 2016, p. 78.

<sup>197</sup> QUEZADA GONZALES, María Corona. “El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico” en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, Abril-Junio 1994, fascículo II, p. 238.

inherente a la misma, siendo así que la investigación de la filiación se presenta como una cuestión prioritaria del hijo en aras del interés en conocer a sus padres.

En consecuencia, el derecho a la verdadera filiación coincide con el derecho a la identidad, lo que hace imperativo que existan normas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es, aunado a ello que la aplicación de las pruebas biológicas especialmente la del ADN permite dar certeza en el establecimiento de la paternidad y maternidad<sup>198</sup>.

En efecto, no se puede soslayar el hecho de que el “útero subrogado” llevado hasta sus últimos extremos colisiona con algunos valores de una sociedad que hacen de la persona y de su dignidad el fin supremo. Desde esta perspectiva, no resulta aceptable su utilización con fines comerciales, genéticos o discriminatorios. El único fin, aceptable de la técnica de “útero subrogado” es cumplir con un rol humanitario a favor de aquellas parejas sin posibilidades procreativas. Además carecen de una finalidad lucrativa por ser contrario al principio constitucional de la dignidad humana, en tanto dicha técnica no tiene como objeto cosificar al niño.

En síntesis, se observa que en la práctica el uso de las TERAS (especialmente la técnica de “útero subrogado”) es cada vez más frecuente en nuestra sociedad, generando consigo que el hombre se enfrente a una serie de cuestiones jurídicas, debido a que la aplicación de las mismas ocasiona un impacto directo en el Derecho de Familia, especialmente en la determinación de la maternidad, que es objeto del presente estudio y de ahí que el Estado tiene la obligación de tutelar “*los derechos fundamentales de los más débiles frente a la ley*”<sup>199</sup>, por consiguiente debe regularse los límites al uso de las TERAS a efectos de evitar excesos y vulneración de derechos fundamentales.

---

<sup>198</sup> Cfr. NINA COHAILA, Víctor Hugo... Op. Cit., p. 35.

<sup>199</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3<sup>era</sup> Ed., Madrid, Trotta, 2001, p.347.

### 3.3.3 Quienes pueden recurrir a la técnica de “útero subrogado”: parejas unidas por vínculo matrimonial

En lo que se refiere a quienes pueden recurrir a la técnica de “útero subrogado”, debemos remontarnos a lo establecido en el Código Canónico<sup>200</sup> en el Canon 1055 § 1 que: *“La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad del sacramento entre bautizados”*.

Este canon demuestra que la esencia de la familia se debe buscar en el matrimonio, es decir, en el mutuo acuerdo al que llegan los contrayentes para formar un hogar; debiéndose entender por “familia” a toda institución natural que establece la disposición a la procreación y educación de los hijos.

Dicha institución es reconocida en nuestra Carta Magna en su artículo 4° como instituto natural y fundamental de la sociedad, de la cual surgen principios y valores que van a influir en cada una de las relaciones a nivel social; con lo cual, dicha institución está conformada por un núcleo que tiene su base en el matrimonio, a partir del cual se cumple la función reproductora y se comparten las responsabilidades del hogar<sup>201</sup>.

El matrimonio como fuente de constitución de la familia, establece el derecho a la protección de la familia, en el artículo 16° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al estipular que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y por tanto, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, posicionando a la familia como la base para la generación de nuevas personas humanas. También la Convención Americana

---

<sup>200</sup> Canon 1055 § 1. La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados. § 2. Por tanto, entre bautizados, no puede haber contrato matrimonial válido que no sea por eso mismo sacramento. Código Canónico... Op. Cit., 2002.

<sup>201</sup> Cfr. VELA SÁNCHEZ, Antonio. *Las familias monoparentales*, Granada, Comares, 2005, p. 5.

sobre Derechos Humanos establece en su artículo 17° que *“la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el estado”*<sup>202</sup>. Entonces el derecho de protección de la familia impone al Estado el deber de proteger jurídicamente a la misma.

No obstante, de acuerdo a lo revisado, la realidad social nos demuestra que, diversos matrimonios no pueden concebir a un hijo en condiciones naturales por diversos factores<sup>203</sup> y es ahí, en donde aparece la ciencia y la tecnología brindando sus conocimientos y posibilidades inimaginables a su disposición, surgiendo las técnicas de reproducción asistida en especial la técnica de “útero subrogado” para suplir en la pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia<sup>204</sup>, constituyéndose como una alternativa subsidiaria.

Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes estipula que:

***“Artículo 8.- A vivir en una familia***

*El niño y el adolescente tienen derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia.*

*El niño y el adolescente que carecen de familia natural tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado.*

*El niño y el adolescente no podrán ser separados de su familia sino por circunstancias especiales definidas en la ley y con la exclusiva finalidad de protegerlos”.*

Asimismo, uno de los pilares que vertebra e informa la totalidad de la Convención sobre los Derechos del Niño es el derecho del niño a tener padres y a tener una familia, estipulando que cuando por cualquier hecho o circunstancia el niño se ve privado de sus padres, la Convención responsabiliza al Estado de ese niño, pero favoreciendo la búsqueda por parte de las

---

<sup>202</sup>VEGA MERE, Yuri. *“La familia por venir: entre lo público y lo privado”* en *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, Lima, Normas Legales, 2003, p. 36

<sup>203</sup> Cfr. SIVERINO-BAVIO, Paula. *“Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú”*...Op. Cit., p. 213.

<sup>204</sup> Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*...Op. Cit., 1995, p. 62.

instituciones y la legislación de cada Estado en concreto de padres y familias sustitutas<sup>205</sup>.

Siguiendo lo expresado, y estando a que el Estado peruano tiene una vertiente proteccionista hacia la familia y al menor, surge la interrogante sobre la regulación de las nuevas tecnologías reproductivas, con independencia de que si se regula o no, es sobre quiénes y en qué condiciones pueden acceder a estas.

La solución a esta cuestión se busca con frecuencia en la necesidad de protección de los derechos fundamentales de los sujetos de derecho implicados, puesto que en lo que respecta a derecho de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida (técnica de “útero subrogado”) hay un consenso casi unánime en reconocerlos como los derechos que han de primar sobre todos los demás, por cuanto sus titulares son los menos protegidos y más débiles, siendo los derechos concretos que se les reconoce se podrían englobar desde un derecho a la vida (como derecho a nacer<sup>206</sup>), un derecho al nacimiento dentro de una familia o un derecho a conocer el propio origen genético. Entonces, bajo estas prácticas solo deben permitirse a parejas casadas, en tanto que la familia concebida de una u otra forma se ha visto como elemento de estabilidad social, llegando a la convicción de que es indispensable una política de protección a la misma<sup>207</sup>.

En ese sentido, se propone que quienes recurran a las técnicas de reproducción asistida, especialmente la técnica de “útero subrogado” sean las

---

<sup>205</sup> Cfr. BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación. *Biotecnología y Posthumanismo*, 1º Ed, Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 493-494.

<sup>206</sup> En la actualidad podemos destacar la importancia que se le atribuye al concebido en el campo del derecho, siendo un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia de derechos desde el instante de la concepción. Si bien el concebido adquiere derechos, ellos están sometidos a condición resolutoria, es decir, si el concebido no nace vivo se resuelven tales derechos patrimoniales. Véase a Fernández Sessarego que señala que al “concebido favorecen derechos como el de la vida, que carece de significación económica, el de ser reconocido para efectos de filiación, el adquirir por herencia o donación, el recibir indemnizaciones por daños cometidos a terceros; así como otros de que goza a través de la madre en tanto depende de ella para su subsistencia en el claustro materno”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las Personas*, Lima, Editorial Grijley, 2004, p. 6.

<sup>207</sup> Cfr. ARÁMBULA REYES, Alma...Op. Cit., pp. 46-50.

personas con capacidad de ejercicio, unidas en matrimonio heterosexual, a fin de salvaguardar que el menor nacido mediante esta técnica pueda vivir en una familia, estando a que la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>208</sup> reconoce 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”*, así como en su artículo 9.1, que establece que *“los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos”*.

### **3.3.4 El respeto al cuerpo de la mujer, así como a informar sobre el tratamiento adecuado a las personas involucradas (padres genéticos y mujer gestante)**

Cuestión aparte es que en la técnica “útero subrogado” intervienen, por un lado, una pareja unida en matrimonio y por otro, la portadora, quien llevará a término el embarazo y en tercer lugar un equipo profesional (médicos, biólogos, obstetras, entre otros) quienes serán los encargados de efectuar la implantación del embrión en el útero de la portadora. En este acto de relación de médico-paciente se explique sobre los riesgos de un tratamiento y las consecuencias que podrían afectar física o psíquicamente<sup>209</sup>.

En ese sentido, los médicos tienen la obligación de informar a los pacientes respecto al tratamiento más adecuado, así como las implicancias y consecuencias que podría generar la práctica de una técnica de reproducción asistida.

Con el propósito de promover el respeto por la integridad corporal del cuerpo de la mujer y evitar futuros inconvenientes, se propone que los centros de salud que brindan los servicios de reproducción asistida otorguen la información

---

<sup>208</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo.

<sup>209</sup> CAMBRÓN INFANTE, Ascensión. “Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos”, en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 17.

necesaria y completa posible, de manera sencilla para el completo entendimiento de los pacientes que se sometan a tales procedimientos<sup>210</sup>.

Así, el consentimiento informado implica que el médico explique e informe debidamente con antelación a ambos miembros de la pareja las opciones diagnósticas y terapéuticas existentes. Asimismo, dicha información debe ser clara, sencilla y utilizando palabras adaptadas al nivel de comprensión del paciente, y serán quienes deben firmar el consentimiento informado antes de realizar cualquier procedimiento invasivo<sup>211</sup>.

En consecuencia, resulta necesario una legislación en la que se determine el rol del médico, biólogo u obstetra respecto a la información que brinda a las partes involucradas, así como el respectivo consentimiento para la realización de la técnica más conveniente y salvaguardando la dignidad de la mujer gestante.

En síntesis, se observa que en la práctica el uso de la técnica de útero subrogado es cada vez más frecuente en nuestra sociedad, generando consigo que el hombre se enfrente a una serie de cuestiones jurídicas, debido a que la aplicación de la misma ocasiona un impacto directo en el Derecho de Familia, especialmente en la determinación de la maternidad, que es objeto del presente estudio y de ahí que el estado tiene la obligación de tutelar los derechos fundamentales de los más débiles frente a la ley, por consiguiente debe regularse los aspectos fundamentales, como las consecuencias jurídicas y límites al uso de las Técnica de útero subrogado a efectos de evitar excesos y vulneraciones de derechos fundamentales, teniéndose como referente los lineamientos propuestos en este presente estudio.

---

<sup>210</sup> Cfr. PEREZ PITA, Diana Carolina... Op. Cit., p. 85.

<sup>211</sup> Cfr. VERA CARRASCO, Oscar. "El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica", *Revista Médica La Paz*, N° 22, Enero -Junio 2016, pp. 59-60.

## **CONCLUSIONES**

1. En la técnica de útero subrogado aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *mater semper certa est*, ya que en el ordenamiento jurídico peruano vigente, la determinación de la misma supone la reunión de dos supuestos: el hecho del parto y la identidad del hijo; no obstante, cuando se pretenda obtener la filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por cuanto la maternidad en este caso queda comprobada por la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la relación filial materna de los menores nacidos bajo dicha técnica. En consecuencia, si existe controversia en la determinación de la maternidad deberá fundamentarse la precisión de la misma en la identidad genética que recae en el principio de la verdad biológica, ya que si se persiste en aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de útero subrogado se afectará la filiación materna del hijo nacido mediante dicha técnica
  
2. La técnica de útero subrogado no es una realidad ajena ni extraña ni el Perú, ya que diversos centros médicos ofrecen tratamientos de reproducción asistida, los mismos que se rigen mediante la autorregulación debido a que no existe en el Derecho Peruano un marco normativo que regule la técnica de útero subrogado, evidenciándose un vacío legal; por cuanto la legislación existente resulta insuficiente para la regulación de la filiación materna del menor nacido mediante esta técnica. Aunado a que, si el legislador prosigue

en la idea de no legislar dicha materia habrá dificultad en las relaciones familiares y sociales, generando consigo vulneraciones a los derechos de las personas involucradas en el proceso, y la necesidad de recurrir a mecanismos ilegales para la el reconocimiento de la maternidad; en ese sentido se exige una pronta intervención del legislador para establecer una precisa regulación legal sustentado en el principio de verdad biológica e identidad genética.

3. La realidad y los avances científicos no pueden estar rezagados o al margen del Derecho, de ahí que resulte imperiosa la necesidad de regular el acontecer de la sociedad estableciendo parámetros para una sana y armónica convivencia en la sociedad, y habiéndose demostrado la colisión entre la técnica de útero subrogado y el axioma romano *mater semper certa est* se propone lineamientos mínimos que debe contener una propuesta legislativa concerniente a la técnica de “útero subrogado” como son: el respeto a la dignidad de la persona especialmente del concebido por ser la parte más débil; prevalecer el interés superior del niño y la verdad biológica, restringir el acceso a la técnica de “útero subrogado” a las parejas unidas por vínculo matrimonial y finalmente respetar el cuerpo de la mujer gestante, así como informar sobre el tratamiento adecuado a las personas involucradas (padres genéticos y mujer gestante).
4. Resulta necesario la utilización de la prueba de ADN para verdaderamente conocer la identidad genética del niño nacido mediante la técnica de “útero subrogado”, estableciendo una relación materna filial adecuada, en consecuencia es necesario homologar la determinación de la maternidad a través de la realización de la prueba de ADN, ya que la misma es admitida como prueba para la atribución legal de la paternidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

1. AGUILAR GÓMEZ, Emilio. *Contrato de arrendamiento del vientre de la mujer. Una mirada de la norma constitucional colombiana*, Cartagena, Universidad Libre Sede Cartagena, 2010.
2. BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación. *Bioteología y Posthumanismo*, 1º Ed, Navarra, Editorial Aranzadi, 2007.
3. CARCABA FERNÁNDEZ, María. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana*, Madrid, Editorial Bosch, 1995.
4. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2004.
5. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales*, Tomo I, 6ª Ed, Lima, Editorial IUSTITIA y Grijley, 2012.
6. FÉRNENDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Lima, Studium, 1986.
7. FÉRNENDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derechos de las Personas*, Lima, Editorial Grijley, 2004.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª Ed., Madrid, Trotta, 2001.
9. GARZA GARZA, Raúl. *Bioética: La Toma de Decisiones en Situaciones Difíciles*, México D.C., Editorial Trillas; 2000.
10. GONZALEZ PEREZ DE CASTRO, Marcela. *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Editorial DYKINSON, 2013.
11. KADAGAND LOVATON, Rodolfo. *Misterio Científico del ADN*, Lima, Editorial Rodhas, 1999.
12. LAMM, Eleonora. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013.

13. MARTÍNEZ- PEREDA RODRÍGUEZ, J.M y otros. *La Maternidad Portadora, Subrogada o de Encargo en el Derecho Español*, Madrid-España, Editorial Dykinson, 1994.
14. MIRANDA CANALES, Manuel Jesús. *ADN como prueba de la filiación en el Código Civil*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2007.
15. MORÁN DE VICENZI, Claudia. *El Concepto de Filiación en la Fecundación Artificial*, Perú, Editorial Ara Editores, 2005.
16. MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara. *Derecho y Genoma Humano*, Lima, Editorial San Marcos, 1997.
17. ROJAS ALVITEZ, Karla Patricia. *La filiación paterna en la reproducción humana asistida*, 1<sup>era</sup> Ed., Chiclayo, Editorial Palabra, 2006.
18. TUBERT, Silvia. *Figuras de la Madre*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1996.
19. VALVERDE MORANTE, Ricardo. *Derecho Genético, Reflexiones Jurídicas Planteadas por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Lima, Editorial Gráfica Horizonte, 2001.
20. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Declaración Judicial de Maternidad Extramatrimonial" en *Código Civil Comentado por los Cien Mejores Especialistas. Derecho de Familia (segunda parte)*, TOMO III, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003.
21. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, Lima, Editorial Grijley, 2001.
22. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios generales*, 5<sup>ta</sup> ed. Ampliada y revisada, Lima, Editorial Grijley, 2014.
23. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético. Principios Generales*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1995.
24. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial. En razón de la Ley 28457 y la acción intimatoria de paternidad- procreación asistida y sociafectividad*, 2<sup>da</sup> Ed, Lima, Jurista Editores, 2010.
25. VELA SÁNCHEZ, Antonio. *Las familias monoparentales*, Granada, Comares, 2005.
26. VILA CORO, María Dolores. *Huérfanos biológicos, el hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, España Editorial Artes Gráficas, 1997.
27. VILA CORO, María Dolores. *Introducción a la biojurídica*, Madrid-España, Editorial Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1995.
28. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil .Derecho de Familia*, Tomo II, Lima, Editorial Astrea, 1981.
29. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho civil. Derecho de familia*, 3<sup>a</sup> Ed. actual. y ampl., Tomo II, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.

## LIBROS TRADUCIDOS

30. ZEGERS-HOCHSCHILD F., ADAMSON G. D., DE MOUZON J. y otros. *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)*. Traducido y Publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Organización Mundial de la Salud, 2010.

### **LIBROS EDITADOS Y DICCIONARIOS**

31. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Editorial Heliasta, 2000.
32. DICCIONARIO DE ANATOMÍA, EL CUERPO Y LA SALUD, Madrid-España, Editorial Cultural, 1999.
33. ENCICLOPEDIA SOPENA. *Nuevo Diccionario Ilustrado de la Lengua Española*, Tomo I, Barcelona, Editorial Ramón Sopena, S/A.
34. FACULTAD DE MEDICINA DE LA UNIVERSIDAD DE NAVARRA *Diccionario de Medicina*, España, Espasa Siglo XXI, 2000.
35. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, 22<sup>eva</sup> Ed, Madrid, Real Academia de la Lengua Española, 2003.

### **OBRAS PUBLICADAS POR UNA INSTITUCION**

36. ARÁMBULA REYES, Alma. *Maternidad Subrogada*, Cámara de Diputados, Servicios de Investigación y Análisis, Subdirección de Política exterior, Centro de Documentación, Información y Análisis, 2008.
37. COMISIÓN ESPECIAL PARA LA REFORMA INTEGRAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – CERIAJUS. *Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia*, Lima, 2004.
38. ESTRADA MORA, Himilce. *Informe de Investigación N° 71/2014-2015. Maternidad Subrogada: Desarrollo conceptual y normativo*, Lima, Congreso de la República – Área de Servicios de Investigación, 2014.

### **TESIS**

39. ALVARADO CALDERÓN, Luis Alberto. *El A.D.N. como medio de prueba científico en la filiación*, Tesis para optar el grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2010.
40. ÁLVAREZ, Daniela y BURBANO, Camila. *Maternidad Subrogada y Filiación a la luz del Ordenamiento Jurídico Colombiano*, Tesis de Grado

- presentada como requisito para optar por el Título de Abogadas, Santiago de Calí – Colombia, Universidad San Buenaventura, 2012.
41. AWAD CUCALON, María Inés y DE NARVAEZ CANO, Mónica. *Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia*, Trabajo de grado para optar al título de Abogadas, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.
  42. AWAD CUCALON, María Inés y DE NARVAEZ CANO, Mónica. *Aspectos Jurídicos en las Técnicas de Reproducción Asistida Humana en Colombia*, Trabajo de grado para optar el título de Abogado, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.
  43. BURSTEIN AUGUSTO, Miguel Gerardo. *Los Derechos del embrión In Vitro frente a la paternidad, ilegitimidad de las Técnicas de Reproducción Asistida extrauterinas*, Tesis para optar el Grado de Magister, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
  44. CABRERA, Gladys Rebeca. *Discordia en la tienda de Abraham una relectura de Gn16,1-16; 21,1-2. Vientre en alquiler: una realidad bíblica, un problema moral hoy*, Trabajo de grado para el título de Doctora en Mujer, Escritura y Comunicación, Caracas, Universidad de Sevilla, 2015.
  45. CANESSA VILCAHUAMAN, Rolando Humberto. *La Filiación en la reproducción humana asistida*, Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2011.
  46. CARBAJAL, Roció. *Análisis de la Maternidad Subrogada en Argentina. Una Mirada extensiva a países de América Latina*, Trabajo de Graduación, Victoria-Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 2014.
  47. FLORES ROSAS, Julio Jesús y SILGUERRA QUISPE, Richard Fausto. *La Vulneración del Principio de Valoración conjunta de la prueba en el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial*, Tesis para optar el título de abogado, Huancayo – Perú, Universidad Peruana “Los Andes”, 2015.
  48. MELO YLLATINCO, Hilda. *El proceso de filiación extramatrimonial y el reconocimiento de los derechos fundamentales del niño en Lima Metropolitana*, Tesis para optar el grado de Maestría en Derecho Civil y Comercial, Lima, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2016.
  49. MOLINA MARTÍNEZ, Elena. *La Maternidad Subrogada en Derecho Internacional Privado Español*, Trabajo Fin de grado, España, Universidad de Jaén - Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, 2014.
  50. ORTELLANO, Claudia Lorena. *Maternidad subrogada y vientres de alquiler. Una realidad no legislada*, Trabajo de Fin de grado, Argentina, Universidad Empresarial Siglo 21, 2012.
  51. PARRAGUEZ, Luis y VILLAGÓMEZ ROMERO, María Gabriela. *Régimen jurídico sobre la maternidad subrogada en el Ecuador*, Tesis

- para optar el Grado de Abogado, Quito- Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, 2007.
52. PAZ MARTÍN, Pablo. *Maternidad Subrogada: Eficacia en España de las Certificaciones Extranjeras*, Trabajo de fin de grado curso para obtener el grado de Doctor de Derecho Internacional Privado, Universidad de Girona, 2015.
53. PEREZ PITA, Diana Carolina. *Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú*, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2015.
54. PINELLA VEGA, Vanessa. *El interés superior del niño/niña vs el principio al debido proceso en la filiación extramatrimonial*. Tesis para obtener el Título de Abogado, Chiclayo, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2014.
55. RUIZ MARTINEZ, Roció. *Maternidad Subrogada "Revisión Bibliográfica"*, Trabajo de fin de grado del departamento de Enfermería, España, Universidad de Cantabria, 2013.
56. SANCHO PÉREZ, Mercedes. *La Maternidad Subrogada y su problemática con la filiación*, Trabajo fin de master para obtener el Máster Universitario de Acceso a la Profesión de Abogado, Madrid, Colegio Universitario de Estudios Financieros, 2017.
57. SANTANDER, Cristóbal Antonio. *El contrato de maternidad subrogada o del alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?*, Tesis para optar al título profesional de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2012.
58. ZALDÍVAR CERPA. Josué. *Necesidad de regulación jurídica de la maternidad subrogada*, Tesis para optar el grado académico de Maestro en Derecho de Familia, Arequipa, Universidad Católica Santa María, 2016.
59. ZAPATA DURÁN, Roberto Wesley. *La Prueba en los procesos de filiación*, Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2011.

#### **ARTÍCULOS PUBLICADOS EN OBRAS COLECTIVAS O ENCICLOPEDIAS**

60. ALARCÓN ROJAS, Fernando. "La Maternidad Por Sustitución" en *Familia, tecnología y Derecho*, Perú, Editorial Cordillera S.A.C., 2002.
61. ÁLVAREZ LOAYZA, Juan. "La prueba de ADN y la filiación extramatrimonial" en *Normas Legales: Doctrina, Jurisprudencia y Actividad Jurídica*, Lima- Perú, Editorial Normas Legales, 2004.
62. BRENA SESMA, Ingrid. "La determinación de la filiación con base en la prueba genética, repercusión de ciertos derechos humanos" en *El derecho y la Salud. Temas a reflexionar*, México, Universidad Nacional

- Autónoma de México – UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
63. BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia. "Contestación de la Paternidad" en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Derecho de Familia (Primera Parte)*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
64. BUSTAMANTE ROSALES, Carola. "Impugnación de la maternidad" en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas. Derecho de Familia (Primera Parte)*, Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
65. CAMBRÓN INFANTE, Ascensión. "Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: Una aproximación desde la perspectiva de los derechos", en *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
66. MONGE TALAVERA, Luz. "Presunción de Filiación Matrimonial" en *Código Civil Comentado por los 100 Mejores Especialistas*, Tomo II, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003.
67. SILVA RUIZ, Pedro F. "El contrato de maternidad sustitúa o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler", en *Boletín de Información, Ministerio de Justicia*, N° 1447, Madrid, Febrero 1987.
68. VARSÍ ROSPIGLIOSI Enrique y SEVERINO BRAVO, Paula. "Determinación de la paternidad matrimonial" en *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo II, Lima Editorial Gaceta Jurídica, 2003.
69. VEGA MERE, Yuri. "La familia por venir: entre lo público y lo privado" en *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, Lima, Normas Legales, 2003.

## ARTÍCULOS DE REVISTAS

70. ARTETA ACOSTA, Cindy. "Maternidad Subrogada", *Revista de Ciencias Biomédicas*, N° 2, Febrero 2011.
71. ARTETA ACOSTA, Cindy. "Maternidad Subrogada", *Revista de Ciencias Biomédicas*, N° 2, Febrero 2011.
72. BERNAL CAMARGO, Diana Rocío. "Técnicas de reproducción humana asistida, maternidad subrogada y derecho de familia", *Revista Republicana*, N° 6, Marzo 2009.
73. BORRAJO, María Eugenia. "La "Maternidad Subrogada" ¿Una Técnica de Reproducción Asistida más?" *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, N° 14, Año IX, 2015.
74. CANALES TORRES, Claudia. "Madre ¿Hay una sola? A propósito el primer fallo de la Corte Suprema referente a la reproducción asistida", *Dialogo con la jurisprudencia*, N° 121, Año 14, Octubre 2008.
75. CANO, María Eleonora. "Breve aproximación en torno a la problemática de la maternidad subrogada", *Revista Federación Argentina de*

- Sociedades de Ginecología y Obstetricia (F.A.S.G.O.)*, N° 1, Vol. 4, Abril 2005.
76. CRUZ MENDEZ, José Manuel. “La Maternidad Subrogada”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXX, 2012-2013.
77. DA SILVA GALLO, José Hirán y LETTIERI GRACINDO, Giselle Crosara. “Reproducción asistida, derecho de todos. ¿Y el registro del hijo? ¿Cómo proceder?”, *Revista Bioética de Brasilia*, N° 02, Vol. 24, Mayo-Agosto 2016.
78. DUPRAT, Carolina. “Gestación por Sustitución: Cuando la realidad impone dar respuestas”, *Revista de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires – Estilo Caja*, N° 52, Año XII, Mayo 2016.
79. GUZMAN ÁVALOS, Aníbal. “La Subrogación de la maternidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, N° 20, 2007.
80. HERNÁNDEZ RAMIREZ, Adriana y SANTIAGO FIGUEROA, José Luis. “Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, N° 132, setiembre-diciembre, 2011.
81. LAMM, Eleonora. “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho-InDret*, N° 3, Julio 2012.
82. LAUSENGUI GUILLOT, Rosa Adela. “La maternidad portadora, sustituta, subrogada o de encargo”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, N° 7, 1994.
83. LOPEZ DE ARMAS, Karen Margarita y AMADO AMADO, Catalina. “Determinación de la filiación materna en Colombia en la práctica de la maternidad delegada”, *Revista de Derecho Privado*, N° 52, Julio-Diciembre 2014.
84. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia. “Maternidad Subrogada. Una mirada a su regulación en México”, *Díkaion-Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, N° 2, Vol. 24, Diciembre 2015.
85. MEDINA, Graciela. “Maternidad por sustitución. Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana”, *Revista la Ley*, N° 119, 24 de Junio de 1997.
86. MEZA INGAR, Carmen. “La verdad biológica y la ley”, *Revista Jurídica “Docentia et Investigatio”*, Vol. 09, N° 02, 2007.
87. MOJICA GÓMEZ, Liseth. “La prueba de ADN en los procesos sobre filiación”, *Estudio Socio-Jurídico Bogotá (Colombia)*, N° 5, Enero-Junio 2003.
88. MUGA GONZALES, Rossana Esther. “El denominado “derecho a procrear” y la dignidad de la persona humana como presupuesto de todo derecho”, *Revista de Investigación IUS*, Año 03, N° 06, Julio-Diciembre 2013.

89. NINA COHAILA, Víctor Hugo. "El Derecho de Filiación en el sistema legal peruano", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Año 4, N° 5, Julio 2011.
90. PANTALEON, Fernando. "Contra la Ley sobre técnicas de reproducción asistida", *Jueces para la democracia*, N° 5, 1988.
91. PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMINGUEZ, Karla. "La Dignidad del menor en caso de la Maternidad Subrogada en el Derecho Mexicano. Una propuesta legislativa desde la Academia", *Revista Boliviana de Derecho*, N°17, Enero 2014.
92. PÉREZ MANRIQUE Ricardo. "El interés superior del niño", *Revista Uruguay de Derecho de Familia*, N° 16, 2002.
93. PINZÓN MARÍN, Inés Yohanna, RUEDA BARRERA, Eduardo y MEJÍA PATIÑO, Omar. "La aceptabilidad de la técnica de gestación de vida por sustitución de vientre", *Revista de Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome Review*, N° 43, Julio - Diciembre 2015.
94. QUEZADA GONZALES, María Corona. "El derecho ¿constitucional? a conocer el propio origen biológico" en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Tomo XLVII, Abril-Junio 1994.
95. SIVERINO BAVIO, Paula. "¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas", *Revista Jurídica del Perú*, N° 93, Noviembre 2008.
96. SIVERINO BAVIO, PAULA. "Madre recibe ovulo fecundado de su hija: comentarios a propósito de una sentencia de maternidad subrogada en el Perú", *Gaceta Registral: Revista de Jurisprudencia institucional del RENIEC*, Año V, N° 5, 2011.
97. SIVERINO-BAVIO, Paula. "Una mirada desde la bioética jurídica a las cuestiones legales sobre la infertilidad en el Perú", *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, N 3, Vol. 68, 2012.
98. URQUIZA, Fernanda; CARRETERO, Inés; QUAINI, Fabiana Marcela y otros. "Subrogación uterina. Aspectos médicos y jurídicos del primer caso con sustento legal en la Argentina", *Medicina (Buenos Aires)*, N° 03, Vol. 74, Junio 2014.
99. VÁLDEZ DÍAS, Caridad del Pilar. "La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, Vol. XXXI, 2014.
100. VARGAS TOMINAGA, Luis Alberto; PELLA, Ricardo y otros. "Diez años de reproducción asistida de alta complejidad en los Andes del Perú", *Revista de Ginecología y Obstetricia*, N° 4, Vol. 62, 2016, p. 356.
101. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. "Determinación de la maternidad por técnicas de reproducción asistida", *Actualidad Civil*, N° 34, Abril 2017.

102. VERA CARRASCO, Oscar. "El consentimiento informado del paciente en la actividad asistencial médica", *Revista Médica La Paz*, N° 22, Enero -Junio 2016.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

103. AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS. *Médico explica el porqué del aumento de infertilidad en hombres y mujeres en Perú*, 03 de junio de 2016, Ubicado [21.VI.2017] Obtenido en: <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-medico-explica-porque-del-aumento-infertilidad-hombres-y-mujeres-peru-615441.aspx>
104. Clínica de fertilidad Concebir, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://www.concebir.com/>
105. Clínica de Fertilidad Procrear, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://procrear.com.pe/>
106. Clínica Miraflores. Ginecología y fertilidad, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://www.igf.com.pe/>
107. DIARIO CORREO. *Unas 15 de cada 100 parejas en el Perú tienen problemas de infertilidad*, 30 de agosto de 2016, Ubicado [21.VI.2017] Obtenido en: <http://diariocorreo.pe/ciudad/unas-15-de-cada-100-parejas-en-el-peru-tienen-problemas-de-infertilidad-694926/>
108. DIARIO LA REPÚBLICA. *Canal español destapa red de vientres de alquiler en Lima*, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://larepublica.pe/politica/265920-canal-espanol-destapa-red-de-vientres-de-alquiler-en-lima>
109. DIARIO LA REPÚBLICA. *El factor edad en la fertilidad masculina*, 14 de junio de 2015, Ubicado [21.VI.2017] Obtenido en: <http://larepublica.pe/impresas/salud/7557-el-factor-edad-en-la-fertilidad-masculina>
110. DIARIO LA REPÚBLICA. *Ofrezco mi vientre de alquiler*, de fecha 16 de mayo de 2010, Ubicado [22.X.2017], Obtenido en: <http://larepublica.pe/sociedad/463715-ofrezco-mi-ventre-en-alquiler>
111. EL COMERCIO. *Peruanas ponen en alquiler su vientre por S/ 70.000 por internet*, de fecha 22 de junio de 2014, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://laprensa.peru.com/actualidad/noticia-ventre-alquiler-peruanas-extranjeros-internet-embarazo-precio-monto-27427>
112. ENFEMINO. *Ofrezco mi vientre en Perú*, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://maternidad.enfemenino.com/foro/ofrezco-mi-ventre-en-peru-fd3963888#af-post-3963888-17770>
113. Exposición de motivos del Decreto Supremo N° 011-2011-JUS. *Aprueban Lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos*. Ubicado [28.X.2017], Obtenido en:

- [http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/legislacion/doc\\_details/575-decreto-supremo-011-2011-jus?tmpl=component](http://observatorioderechoshumanos.minjus.gob.pe/jmla25/index.php/legislacion/doc_details/575-decreto-supremo-011-2011-jus?tmpl=component)
114. GAMBOA MONTEJANO, Claudia. *Maternidad Subrogada. Estudio Teórico Conceptual y de Derecho Comparado (Primera Parte)*, Cámara de Diputados, Dirección de Servicios de Investigación y Análisis. Subdirección de Política Exterior, Centro de Documentación, Información y Análisis, México D.F., Octubre 2010, [Ubicado el 11.VI.2017] Obtenido en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>
115. Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Ubicado [25.IX.2017] Obtenido en: <https://es.scribd.com/doc/36185692/12-Iniciativa-Maternidad-Subrogada>
116. PARRA MARTÍNEZ, Carolina. *Implicaciones en Materia Penal de la "Maternidad Subrogada" en Colombia*, Especialización en Procedimiento Penal, Constitucional y Justicia Militar, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, Diciembre 2016, [Ubicado el 11.VI.2017] Obtenido en: <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/15278/3/PARRA%20MARTINEZ%20CAROLINA%202017.pdf>
117. PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex F. *El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor -o de los herederos de éste- en la investigación de la filiación*, Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 17 [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art44.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art44.PDF)
118. Proyecto de Ley N° 00685: Propuesta de Ley que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Congreso de la República, de fecha 13 de setiembre de 2001, Ubicado [22.X.2017], Obtenido en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf/e7414acd4ff8d62b05256cdf006c92bb/da44377f556dd8f305256d24007a87e6?OpenDocument>
119. Proyecto de Ley N° 00685: Propuesta de Ley que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Congreso de la República, de fecha 13 de setiembre de 2001, Ubicado [22.X.2017], Obtenido en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2001.nsf/e7414acd4ff8d62b05256cdf006c92bb/da44377f556dd8f305256d24007a87e6?OpenDocument>
120. Proyecto de Ley N° 4962/2015-CR. *Ley que permite la declaración notarial de paternidad extramatrimonial del hijo de mujer casada*. 2015 [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en: <http://enfoquederecho.com/wp3/wp-content/uploads/2015/11/Proyecto->

[de-Ley-que-permite-declaraci%C3%B3n-notarial-de-paternidad-extramatrimonial-de-hijo-de-casada.pdf](#)

121. SALUDISIMA. *Busco vientre de alquiler*, Ubicado [20.X.2017], Obtenido en: <http://foro.saludisima.com/busco-vientre-de-alquiler-t10235/page120>
122. ZENERE, Gisela Guillermina y BELFORTE, Eduardo Ariel. *El Poder y el Derecho a la verdad biológica*. 2017. [Ubicado el 07.V.2017] Obtenido en: <http://www.anupa.com.ar/articulos/page11.html>

## **NORMATIVIDAD NACIONAL**

123. Código Canónico, edición bilingüe y anotada a cargo del Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona, Universidad de Navarra, Facultad de Derecho Canónico, 2002.
124. Código Civil, 6a Ed, Lima, Grijley, 2005.
125. Constitución Política del Perú, 4ª Ed, Lima, Editora Perú, 2001.
126. Decreto Supremo 011-2011-JUS. Lineamientos para garantizar el ejercicio de la bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, Diario Oficial El Peruano, publicado el 27 de julio del 2011.
127. Ley N° 27048. Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la Declaración de paternidad y maternidad. Diario Oficial El Peruano, Perú, 06 de enero de 1999.
128. Ley N° 27048. Ley que modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la Declaración de paternidad y maternidad. Diario Oficial El Peruano, Perú, 06 de enero de 1999.
129. Ley N° 28457. Ley N° 28457. Ley que regula el proceso de paternidad extramatrimonial, Diario Oficial El Peruano, Perú, publicada el 07 de enero de 2005.
130. Ley N° 30628. Ley que modifica el Proceso de Filiación Judicial de Paternidad Extramatrimonial. Diario Oficial El Peruano, Perú, publicada el 02 de agosto de 2017.
131. LEY N° 26842- Ley General de Salud. Diario Oficial El Peruano, publicado el 15 de julio de 1997.
132. Ley N° 27636: Ley que incorpora al Código Penal el Capítulo V, referido a los Delitos de Manipulación Genética. Diario Oficial El Peruano, Perú, publicada el 15 de enero de 2002.

## **NORMATIVIDAD INTERNACIONAL**

133. Decreto N° 1260 de 1970 Nivel Nacional de Colombia, de fecha 27 de julio de 1970- por el que se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil. Ubicado [06.VI.2017] Obtenido en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8256>

134. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y promulgada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, entrando en vigor a partir del 9 de diciembre de 1959 aprobado mediante Resolución Legislativa N° 12382.
135. La Convención sobre los Derechos del Niño, es adoptada y ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con Resolución 44/25 de fecha 20 de noviembre de 1989.
136. La Resolución de CFM N ° 1957/2010 del Consejo Federal de Medicina, fue publicado en la Gaceta Oficial del 6 de enero de 2011. [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)
137. Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de fecha 26 de mayo de 2006 (LTRHA). Obtenido en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/21.pdf>
138. Ley Alemana de Protección al Embrión fecha 13 de diciembre de 1990. Ubicado el [11. VI.2017] Obtenido en <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14633/000123185.pdf?sequence=1>
139. Ley de Fertilización Humana y Embriología, fecha 01 de noviembre de 1990. Obtenida en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2292/81.pdf>
140. Ley N° 26.862. Reproducción medicamente asistida. Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción medicamente asistida, promulgada el 25 de junio de 2013. Obtenido en: [http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios\\_catedras/obligatorias/723\\_etica2/material/normativas/ley\\_26862\\_y\\_reglamentacion.pdf](http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/obligatorias/723_etica2/material/normativas/ley_26862_y_reglamentacion.pdf)

## JURISPRUDENCIA

141. Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima. *Sentencia de 6 de enero de 2009, Expediente N° 183515-2006-00113.*
142. EXP. N.° 02101-2011-PA/TC, publicado el 05 de diciembre de 2012 en el portal web de la página del Tribunal Constitucional [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
143. Expediente N° 02005-2009-AA/TC, publicado el 16 de octubre de 2009, en el portal web de la página del Tribunal Constitucional [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
144. Expediente N° 10087-2005-PA/TC, publicado el 18 de diciembre de 2007 en el portal web de la página del Tribunal Constitucional [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)
145. Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 29 de diciembre de 2003. Expediente N° 0013-2003-CC/TC, F. j. 10.6, Ubicado [23.X.2017], Obtenido en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00013-2003-CC.html>

146. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.  
*Sentencia del 11 de agosto de 2011, Casación N° 4323-2010-Lima.*

**ANEXO JURISPRUDENCIAL**

## PODER JUDICIAL



## DECIMO QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO DE FAMILIA

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

SENTENCIA**RESOLUCION NRO TREINTA Y UNO.**

Lima, seis de enero  
 Del dos mil nueve.-

**VISTOS:** Resulta de autos que por escrito de fojas 106/145, subsanado a fojas 238/241 doña CARLA MONIQUE SEE AURISH interpone demanda de **IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD** la misma que la dirige contra doña JENNI LUCERO AURISH DE LA OLIVA y don LUIS EDUARDO MENZO BARBER a efectos que el Órgano Jurisdiccional declare: **I)** Que la menor DANIELA MENDOZA AURISH es hija de la actora al haber sido concebida por su persona y por su esposo Luis Eduardo Mendoza Barber; y **II)** Se ordene la rectificación de la partida de nacimiento en la que erróneamente se ha señalado que la madre de la citada menor es doña Jenny Lucero Aurish De La Oliva; en base a los fundamentos de hecho que expone, que esencialmente, son los siguientes: **1)** Que entre los años mil novecientos noventa y dos y mil novecientos noventa y tres conoció al demandado Luis Eduardo Mendoza Barber manteniendo una relación sentimental que se consumó el catorce de junio del dos mil tres, fecha en la cual contraen matrimonio civil; **2)** Que al ser víctima de constantes dolores de cabeza, con fecha diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho decidió someterse a un examen médico con la finalidad de determinar la causa de sus molestias físicas, hasta que con fecha veintiocho de diciembre del mismo año, el doctor Luis Solari le diagnosticó que padecía de insuficiencia renal y solo contaba con el riñón izquierdo en funcionamiento inadecuado, pues mediante una ecografía, practicada el dieciocho de julio del dos mil cinco, se determino que tenía "... *riñones hipoplásicos de menor tamaño en el lado derecho y retardo de eliminación por el riñón derecho con ligera alteración morfológica de los cálices en ambos riñones...*" enfermedad que se origino a los tres años de edad debido a una leve infección urinaria inadecuadamente

Dra. Nancy Coronel Aquino

JUEZ

Juzgado Especializado de Familia en Lima  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



cuatro sesiones consecutivas, conforme las actas de fojas 363/364, 377/381, 412/418 y 466/468; que incorporados y actuados todos los medios probatorios, remitido los autos al Ministerio Público para el Dictamen de Ley, evacuado mediante Dictamen de fojas 492.499; y solicitado sentencia, es el momento de expedirla: Y

**CONSIDERANDO:** **Primero: DE LA FINALIDAD DEL PROCESO:** Que conforme el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil. " *El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivo los derechos sustanciales y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.*". Que en virtud de ello el Juzgador al resolver las controversias debe basarse en el mérito de lo actuado, el derecho y la justicia; **Segundo: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS:** Que los medios probatorios tienen por finalidad: 1) **Acreditar** los hechos expuestos por las partes; 2) **Producir certeza** en el Juez respecto de los puntos controvertidos; y 3) **Fundamentar** sus decisiones, y la valoración de los mismos se realizará en forma conjunta utilizando la apreciación razonada, conforme dispone los artículos 188° y 197° del Código Procesal Civil; **Tercero: DE LA PROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION:** Que para efectos de emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia se hace necesario verificar la validez de la relación jurídica procesal, esto es la preexistencia de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, y sobre este último, el "interés para obrar", la "legitimidad para obrar" y la "posibilidad jurídica", reguladas en el Artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Civil en concordancia con el Artículo 427° incisos 1, 2 y 6 del mismo Código Adjetivo; que en el caso que nos ocupa, la demandante CARLA MONIQUE SEE AURISH pretende se le reconozca el derecho de madre de la niña DANIELA MENDOZA AURISH, cuya procreación, refiere aporte su óvulo genético, el mismo que conjuntamente con el espermatozoide de su cónyuge Luis Eduardo Mendoza Barber procreo a la referida niña, habiendo la madre de la actora, doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA aportado su útero o matriz para albergar al óvulo fecundado In Vitro, para su consiguiente gestación y parto, y estando a que el "interés para obrar" es el derecho que tiene todo justiciable de autentica tutela jurisdiccional se cumple esta primera condición del ejercicio de la acción; que con relación a la "legitimidad para obrar", o "legitimación activa", entendida aquella como la relación de identidad entre aquellos que intervienen en la relación jurídica material previa, con la relación jurídica procesal, en el caso que nos ocupa, de la copia certificada del acta de nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURISH de fojas 99, repetida a fojas 151, fluye como: **Datos de la madre:** JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, y **Datos del padre:** LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER, apareciendo el reconocimiento expreso de ambos padres con su firma respectiva, y en consecuencia, desde esta óptica la demandante no se encontraría legitimada para solicitar el reconocimiento de maternidad a su favor, máxime que conforme lo dispone el Artículo 395° del Código Civil "El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable."; Que por otro lado, en observancia estricta del principio de legalidad, nuestro Código Civil, en su Artículo 371°, solo permite impugnar la maternidad en dos supuestos: "Suplantación de hijo" y "parto supuesto", lo que no se presenta en el caso de autos; por otro lado, el Artículo 2° del mismo Código expone "La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. ..." y el

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

según Adriano López, profesor emérito de la UCA, Magister en Bioética y Miembro del Consejo de Edad de Cádiz, España, considera diversos tipos de maternidad: **Desde una perspectiva biológica**, la maternidad puede ser plena o no plena: en la maternidad biológica plena la *madre biológica* gesta al hijo con su propio óvulo; en la no plena o parcial, la mujer puede aportar el útero y la gestación (*maternidad de gestación o de parto*) o aportar su óvulo u óvulos (*madre genética*), pero no ambos: **Desde una perspectiva social**, madre es aquella que cría y educa al niño: **Desde el aspecto jurídico**, no hay una correspondencia absoluta entre una *madre legal*, o una *madre biológica o social*, la misma que se determina de acuerdo a la legislación de cada país y de los veredictos judiciales en casos concretos; **En los casos de adopción**, se aplica el nombre de *madre adoptante*; *madre portadora*, la que presta su vientre, su útero, para lograr un niño, que luego entregará, la también llamada *madre de alquiler o vicaria*; y por fin *madre nodriza* o madre de leche que da de mamar a un niño que no es suyo. Que en resumen, existen tres tipos de madre: *madre genética*, *madre gestacional o de parto* y *madre social*. Obviamente los tres tipos de madre puede ser la misma persona, el problema radica en las posibles combinaciones. **Según el citado autor, para traer al mundo un niño se necesitan tres ingredientes biológicos diferentes: un óvulo, un espermatozoide y un útero, cuando falta una de ellos el resultado es la esterilidad.** La ciencia médica ha creado avances importantes, desarrollando técnicas de reproducción asistida, como la fecundación In Vitro con transferencia embrionaria a la *madre genética* o a terceros, *madre portadora*, *madre de alquiler o madre sustituta*. Al respecto, Enrique Varsi Rospigliosi, en su obra Derecho Genético, Grijley 4ta. Edición, Lima 2001, Pág. 264, define los conceptos o formas de *maternidad subrogada* "... a) **Madre portadora**: La mujer genera óvulos pero tiene una deficiencia uterina o física que le impide gestar por lo que debe buscar otra que colabore con ella en dicha labor biológica. **Es un caso solo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana**: 1) aporte de espermatozoides del marido, 2) aporte de óvulo de su mujer, 3) la madre gestante es una tercera; b) **Madre sustituta**: La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. **Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de pregeneración humana**: 1) espermatozoides del marido, 2) inseminación en tercera mujer; c) **Ovodonación**: La mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita es una mujer que solo le ceda óvulos. **Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana**: 1) espermatozoides del marido, 2) óvulo de una mujer cedente; 3) gestación de la mujer; d) **Embriodonación**: El problema es de infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, es decir hay deficiencia ovárica y uterina y el nombre es infértil por lo que deberá buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. **Se produce un caso de multigeneración humana**: 1) el embrión de una pareja cedente; 2) el marido es infértil; 3) el embrión no es gestado por su mujer: Que realizado el análisis doctrinario previo, nos preguntamos ¿Cómo se determina la filiación?, debemos al poder legislativo que legisle dicha materia, en el caso que nos ocupa nos corresponde determinar ¿quién es la madre de Daniela Mendoza Aurich? o ¿a quién consideramos madre de la citada niña para hacer efectivos sus derechos implícitamente reconocidos en nuestra legislación vigente? :

**Séptimo:** Que de la revisión de autos fluye, que con fecha **catorce de junio del dos mil tres** doña CARLA MONIQUE SEE contrae matrimonio civil con don LUÍS EDUARDO MENDOZA BARBER ante la Municipalidad de Miraflores, conforme la copia certificada del Acta de Matrimonio de fojas 27 y 152; De la copia certificada del Acta de Nacimiento de fojas 99, repetida a fojas 151 fluye, que con fecha **seis de mayo del dos mil cinco** nace la niña DANIELA MENDOZA AURICH, cuyos datos de los padres se encuentran consignados como JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA y LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER cuyo reconocimiento expreso obra en el mismo, apreciándose también que la niña tiene inscrita los apellidos de ambos padres, con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 20° del Código Civil; **Octavo:** Que de la copia certificada del Informe Médico de fojas 174/175 obra los resultados de los Junta Médica practicada a la paciente CARLA SEE AURICH con fecha diecinueve de Agosto de mil novecientos noventa y ocho que concluye "... *Se trata de un caso de neuropatía por analgésicos (la paciente ingería combinaciones de Cafeína, Aspirina, Paracetamol, etc) ... la paciente padece: 1. Insuficiencia Renal Leve Moderada; 2. Neuropatía por analgésicos; 3- Hipertensión Arterial Secundaria 1 y 2...*"; a fojas 159/170 obran los Exámenes Clínicos de Bioquímica, Acido Úrico e Orina, Aldosterona, Renina, Hemograma Completo, Proteinograma Electroforetico, y otras practicados por la Clínica Angloamericana en la persona de Carla See Aurich; De la copia certificada del Informe Médico emitido con fecha **veintiocho de Diciembre de mil novecientos noventa y ocho**, por el Doctor Luis Solari de la Fuente (fojas 172) fluye "... *Conoci a la paciente CARLA SEE AURICH (22 años) el 08 de Julio de 1998, quien me consulto por su episodio de Bronquitis Aguda. Incidentalmente en su examen clínico le detecte presión arterial de 148/96 mm Hg. ... siendo yo el primer médico que le detecto Hipertensión Arterial. procedí a solicitarle una investigación completa para tal diagnostico con particular énfasis en explorar sus riñones y vías urinarias, por ser estos órganos causa frecuente de HTA en personas jóvenes. En su urografía excretora minutada se constato que tiene riñones pequeños, siendo mas pequeño el del lado derecho, con retardo de la eliminación de la sustancia de contraste con éste riñón, presentando también alteración de la morfología calidad de ambos riñones. Además hay reducción de tamaño del polo superior del riñón izquierdo. En la urografía isotópica con radiorrenograma se aprecio que el riñón derecho es de aspecto atrófico y solo con esbozo de actividad funcional. El riñón izquierdo tiene lenta fase excretora. ... Con la evidencia de estar ante un caso de Hipertensión Arterial Nefrogénica e Insuficiencia Renal leve moderada, y debido a la juventud de la paciente, dispuse la realización de una junta médica ... para evaluar el caso, definir el origen de los destacado, su tratamiento y evolución ...*"; **Noveno:** Que de las copias de la Historia Clínica del Proceso de Fecundación, embarazo y parto de la menor DANIELA MENDOZA AURICH emitida por la Clínica Miraflores de fojas 179/237 y 333/350 que contiene: Informe Médico sobre el Procedimiento realizado a la paciente Carla Monique See Aurich en dicha institución; La Historia Clínica de la Aspiración Follicular de la paciente Carla See Aurich; La Historia Clínica de la transferencia embrionaria a la señora Jenny Aurich De La Oliva; y la Historia Clínica de la cesárea de la señora Jenny Aurich De la Oliva; fluye, con relación a la demandante CARLA MONIQUE SEE AURICH, con fecha **veintinueve de Abril del dos mil cuatro**, se determina que tiene veintisiete años de edad, es casada con don Luis Eduardo Mendoza, tratamientos efectuados anteriormente "... *tiene insuficiencia renal y el nefrólogo le ha dicho que*

no puede tener hijos ...usaremos a su mamá para el vientre de alquiler por insuficiencia renal..."; Con fecha **veintidós de mayo del dos mil cuatro** (fojas 182) se le practica una Ecografía Ginecológica cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA dice "...UTERO: Anteverso, ligeramente lateralizado hacia la derecha, bordes ligeramente irregulares. OVARIO DERECHO: Micropoliquístico. OVARIO IZQUIERDO: Micropoliquístico Leve. LIQUIDO EN DOUGLAS: Escaso. ..."; con fecha **diecinueve de setiembre del dos mil cuatro** "...se aspiran 09 ovocitos..." (fojas 181, 189 y 346); Con fecha **treinta de Septiembre del dos mil cuatro**, el Jefe del Laboratorio del citado Instituto de Ginecología y Fertilidad emite el Informe de Reproducción Asistida "NOMBRE DE LA PACIENTE: Mendoza – See; MÉDICO TRATANTE: Augusto Ascenzo; PROCEDIMIENTO: ICSI; FECHA: 19 de Septiembre del 2004; **OVOCITOS OBTENIDOS: 09 (08 MET-II, 1 ATRESICO); OVOSITOS INSEMINADOS/INYECTADOS: 08; OVOCITOS FECUNDADOS: 06; EMBRIONES OBTENIDOS: 06; EMBRIONES TRANSFERIDOS: 03 (6-II, 8-II, 8-II); EMBRIONES CONGELADOS: 03 ...**" (fojas 190); Que del Informe Médico – Nefronológico expedido con fecha **nueve de diciembre del dos mil cinco** (fojas 25) por el médico tratante, Doctor Cesar Liendo Liendo, relacionado a doña Carla See Aurich, precisa "... La señora Carla See ha sido controlada médicamente de manera ambulatoria y con algunas interurrencias de hospitalización por el suscrito, desde Abril del 2001. Refiriendo la Historia Clínica que desde Diciembre de 1998 se detecta hipertensión arterial asociada a insuficiencia renal crónica estadio leve a moderado... concluyéndose que la causa era dependiente de hipoplasia renal y neuropatía intersticial crónica por consumo de analgésicos. ... en mayo del 2003 el suscrito fue consultado sobre la posibilidad de gestación de la señora Carla See. Se revisó el caso clínico y la evolución laboratorial de la paciente y se opinó por la **NO OPINION FAVORABLE** en relación al embarazo, pues esta situación fisiológica (gestación) tendría la gran posibilidad de **ACELERAR** el deterioro de la función renal. Al momento actual la señora See es portadora de insuficiencia renal crónica estadio avanzado..."; **Décimo:** Con relación a doña JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA, con fecha **veintiuno de Junio del dos mil cuatro**, se determina que tiene cincuenta y cuatro años de edad, a fojas 202 aparece "...será vientre de su hija..."; en aquella fecha se le practica la primera ECOGRAFIA OBSTETRICA I-4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "...GESTACION UNICA: de 06 semanas (Por Ecografía); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX: Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; BOTON PLACENTARIO DE INSERCIÓN: Baja. ..." (fojas 203); Con fecha **primero de Diciembre del dos mil cuatro**, se le practica la segunda ECOGRAFIA OBSTETRICA I 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 12 semanas, 02 días (Por Ecografía); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; CERVIX: Longitud 33 mm; ORIFICIO INTERNO Y EXTRENO: Cerrados; PLACENTA DE INSERCIÓN: Baja (Previa Total). ..." (fojas 210); Con fecha **trece de Enero del dos mil cinco**, se le practica la tercera ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 18 semanas, 02 días (Por Ecografía); PODALICO LONGITUDINAL; Dorso Anterior; PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN: Baja (previa total); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxométrico Doppler Color en Arteria Umbilical: Normal; y ARTERIA CEREBRAL MEDIA: Normal..." (fojas 214); Con fecha

diecisiete de Febrero del dos mil cinco, se le practica la cuarta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 23 semanas, 03 días (Por Ecografía); SITUACIÓN TRANSVERSA DORSO POSTERIOR: : circulación del cordón tipo IV (circular simple de cordón); PLACENTA POSTERIOR DE INSERCIÓN BAJA: Previa Total; VENTRICULO LATERAL IZQUIERDO: 09 mm normal; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 218); Con fecha veintiuno de Marzo del dos mil cinco, se le practica la quinta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 28 semanas (Por Ecografía); PLACENTA POSTERIOR Y LATERAL IZQUIERDA (Prevía marginal); CIRCULAR DE CORODON TIPO II (50 % circular simple de comodón); MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 225 vta.); Con fecha diecinueve de Abril del dos mil cinco, se le practica la sexta ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III 4D, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 32 semanas, 01 día (Por Ecografía); CEFALO LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: circular del cordón tipo II (50% circular simple de cordón); BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 227); que finalmente con fecha cinco de mayo del dos mil cinco, se de practica la última ECOGRAFIA OBSTETRICA II-III, cuya IMPRESIÓN DIAGNOSTICA es "... GESTACION UNICA: de 33 semanas, 05 días (Por Ecografía); CEFALO V LONGITUDINAL DORSO POSTERIOR: Oligodramnios Moderado - Severo. Se recomienda ecografía posterior; MARCADORES CROMOSOMICOS FETALES: Normales; BIENESTAR FETAL: Estudio Fluxometrico Doppler color en arteria umbilical normal y arteria cerebral media normal. ..." (fojas 237); y así mismo se le determina el examen de Riesgo Quirúrgico, con Diagnostico Preoperatorio; Cesárea (235 y 333), finalmente nace la niña el seis de mayo del mismo año; Que conforme las Anotaciones de la Sala de Operaciones "...Paciente ingresa a SOP para ser intervenida quirúrgicamente de Cesárea por el Dr. Augusto Ascenzo, ... Extraen feto vivo, sexo femenino en buenas condiciones, es atendido por el médico pedriata Dr. De La Piedra luego realizan extracción manual de placenta Completa, no remite a patología por indicación del Dr. Augusto Ascenzo ... Paciente es trasladada a Sala de Recuperación ..." (fojas 342 y 101); siendo dada de alta el nueve de mayo del dos mil cinco, entregándosele el certificado de nacimiento firmado por el médico Dr. Augusto Ascenzo A nombre de la señora Jenny Aurich De la Oliva (fojas 351); **Décimo Primero:** Que según la **Declaración Testimonial** prestada por don AUGUSTO FELIPE ASCENZO APARICIO medico tratante que conoció el proceso de fertilización, crecimiento pre natal y nacimiento de la niña DANIELA MENDOZA AURICH, de fojas 377/381, la demandante Karla See Aurich si podía concebir pero no podía llevar adelante el embarazo por que sufría de insuficiencia renal y podía llevarla a la muerte, que dicha enfermedad es incompatible con la gestación porque requiere de riñones sanos para poder llevar adelante una gestación de nueve meses; que al narrar el proceso de fertilización de la citada niña, dijo "...al acudir a mi consultorio vi que la única posibilidad de que la señora Carla See pudiera tener un bebe, era extrayéndola sus óvulos juntándole con el esperma del señor Mendoza y así formar embriones

humanos, ese proceso se realiza en una incubadora en el laboratorio por tres días, a partir de la concepción hasta la formación de un embrión de 8 células, aclarando que la concepción se realiza en forma inmediata una vez juntados los espermatozoides con el óvulo, el mismo día que aspiramos los óvulos a la señora Carla (09 óvulos de los cuales 08 eran maduros y 01 inmaduro), eso fue el 19 de septiembre del 2004, ese mismo día se le inyectó un espermatozoide a cada óvulo (08 espermatozoides), de los cuales 06 óvulos fecundaron y **por lo tanto se obtuvieron 06 embriones, todo esto fue fuera de la incubadora y al día siguiente, y tres días después se transfirieron tres embriones al útero de la señora Jenny Aurich y los tres restantes se congelaron, los mismos que pueden seguir su proceso embrionario una vez descongelado en cualquier momento.** Ingresando los tres embriones en el útero de la señora Jenny Aurich quien a través de la Hormona Sub Unidad Beta HCG indico que estaba embarazada, desconociendo de cuantos embriones habrían sobrevivido, la misma que siguió su proceso de embarazo, dando a luz el seis de mayo del dos mil cinco por cesárea, teniendo la bebe 07 meses y 20 días, eso fue por que a la mamá le dio hipertensión arterial dada su edad cronológica de cincuenta y cuatro años de edad, naciendo la niña en la Clínica de Miraflores y expidiendo la Constancia de Certificado Vivo a quien le atendió el parto del concebido ...."; Que al preguntarle si la sangre con la que se alimenta el concebido contribuye con la formación y el desarrollo del embrión, dijo "... **si contribuye con la formación y con el crecimiento, mas no con la transformación de los cromosomas o genes que fue procreada, a modo de ejemplo cuando se inserta embriones de vacas Holteins en vacas criollas (chuscas) nacen terneros cien por ciento Holteins porque la sangre solamente contribuye a su alimento igual que la leche materna ...**"; Que al preguntarle el Representante del Ministerio Público ¿Quién determina el tipo de sangre que tendrá el feto, el de la madre gestante o de los que han facilitado los cromosomas?, contesto "...únicamente los que han facilitado los cromosomas, porque la sangre no se mezcla..."; ¿Si el declarante extrajo los espermatozoides del señor Luis Eduardo Mendoza Barber? Dijo "... él los extrajo en mi presencia una hora antes de aspirar a la señora Carla los óvulos..."; Agregando que considera como "**madre genética**" de la menor Daniela Mendoza Aurich a Carla See Aurich, "**padre genético**" a Luis Eduardo Mendoza Barber, y a doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva "**incubadora de la niña**"; **Décimo Segundo:** Que para determinar "**con certeza**" cual de las dos presuntas madres es la "**madre biológica**" de la niña Daniela Mendoza Aurich, se dispuso de oficio la realización de la prueba genética de ADN, la de mayor validez científica (fojas 319), la que previo tramite de ley, el Laboratorio de Genética Biomolecular del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público en informe de fojas 405/407, presenta los siguientes resultados finales: "... **que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PMI SEE AURICH, Carla Monique. NO PUEDE SER EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN- 2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER, Luis Eduardo ...**" y "... **que el individuo registrado con el Código de Laboratorio ADN-2007-005-PM2 AURICH DE LA OLIVA, Jenny Lucero, QUEDA EXCLUIDA de la presunta relación de parentesco en condición de MADRE BIOLÓGICA del individuo registrado con el código de Laboratorio ADN-2007- 005-H MENDOZA AURICH, Daniela, con respecto al individuo registrado**

con el Código de Laboratorio ADN 2007-005-P MENDOZA BARBER. Luis Eduardo ..."; Informe Pericial que fue ratificado por los Representantes de dicho Laboratorio del Ministerio Público, en los términos que se contrae el acta de fojas 466/468 y corroborado por el Laboratorio Biolinks, quien practico la misma prueba con las contra-muestras custodiadas por la Corte Superior; cuyos informes, que corren a fojas 473/481 concluyeron "... 1.- No se ha encontrado exclusión de paternidad. El índice de paternidad acumulado asciende a 2.136, que corresponde a una Probabilidad de Paternidad de 99.953202328048%. 2.- Estas cifras corresponden a una certeza de paternidad para la prueba. 3.- Por lo tanto, la paternidad biológica del donante de la muestra codificada como ADN 2007-005-P LUIS EDUARDO MENDOZA BARBER (A) sobre el donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado. 4.- Según las normas internacionales sobre prueba de ADN para determinación de maternidad, dos o mas alelos que no coinciden entre el supuesto hijo y la supuesta madre son demostración de exclusión de maternidad. La donante de la muestra codificada ADN-2007-005-PM2 JENNI LUCERO AURICH DE LA OLIVA (B) NO ES MADRE BIOLÓGICA de la donante de la muestra codificada ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C). 5.- No se ha encontrado exclusión de maternidad. El índice de maternidad acumulado asciende a 1.583'112.135, que corresponde a una Probabilidad de Maternidad de 99.999999968333%. 6.- Estas cifras corresponden a una certeza de maternidad para la prueba. 7.- Por lo tanto, la maternidad biológica de la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-PM1 CARLA MONIQUE SEE AURICH (D) sobre la donante de la muestra codificada como ADN-2007-005-H DANIELA MENDOZA AURICH (C), es demostrada por el análisis realizado.";

**Décimo Tercero:** Que habiéndose determinado objetiva y científicamente, que la demandante Carla Monique See Aurich tiene la calidad de "madre biológica" lo que la doctrina y la ciencia también la califica como "madre genética" de la citada niña, y doña Jenny Lucero Aurich De la Oliva como "madre sustituta", queda determinar jurídicamente a cual de las dos es considerada como "madre de la menor", aquella que apporto sus óvulos y por ende sus genes para la fecundación de la niña o aquella que albergo 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 de "madre gestante" recaiga sobre la misma persona. ...; A que sin embargo, ¿ como se determina la filiación si las condiciones de "madre genética" y "madre gestante" recaigan sobre diferentes personas?, situación factica que no esta prohibido legalmente, pero tampoco no esta expresamente permitido, y a tenor de lo dispuesto en el Artículo 2° inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado, que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual "Nadie esta obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe."; y por consiguiente considerándose lícita tal conducta, solo nos queda determinar si es amparable la pretensión demandada, considerando que la conducta doña Jenny Lucero Aurich De La Oliva se ha realizado sin fines de lucro, en forma altruista y por amor a su hija Carla Monique See Aurich, como lo afirma en su Declaración de Parte de fojas 414. Que regresando al concepto tradicional, salvo los casos de adopción, "madre solo hay una" la misma que se

determina por la "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 lleva yuxtapuesto a su nombre y luego del primer apellido del padre, el primer apellido de ésta; dejándose de aplicar lo dispuesto en el Artículo 395° del Código Civil; **Décimo Cuarto: DE LOS EMBRIONES VIVOS CONGELADOS:** Que por otro lado, resulta insoslayable emitir pronunciamiento, respecto a lo descubierto durante el curso del proceso, referente a **los tres embriones sobrantes del proceso de fecundación In Vitro, los mismos que se encuentran vivos y congelados en los laboratorios de la Clínica Miraflores** a cargo del Doctor Augusto Felipe Ascenzo Aparicio; Que conforme lo dispone el Artículo I del Título Preliminar del Código de Los Niños y Adolescentes "*Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad .... El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. ...*"; que en consecuencia reconociéndose "*al concebido*" calidad de niño y por ende "*sujeto de derechos*", "*libertades*" y "*protección específica*", conforme lo prescribe el Artículo II del Título Preliminar del citado Código, y estando a que conforme lo dispone el Artículo 1° del mismo Código "*El niño y el Adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.*"; Que en consecuencia, estando a que el derecho a la vida, el derecho a crecer y desarrollarse en el seno de una familia, son considerados derechos indisponibles, se hace necesario emitir pronunciamiento de oficio pese a que no ha sido solicitado, ni por las partes, ni por la Señora Representante del Ministerio Público, ni menos aún por la Defensoría del Pueblo en su escrito de "*Amicus curiae*" (amigo de la Corte) de fojas 580/592, estando además que conforme el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su novena parte establece "*...Teniendo presente, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, "el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*..."; norma jurídica supranacional que forma parte de nuestro derecho interno, en mérito a lo dispuesto en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado en concordancia con el Artículo 3° de la misma norma legal; **Décimo Quinto:** Que en consecuencia no preguntamos ¿Qué hacer con los embriones sobrantes?. ¿Qué medidas tomar respecto de los tres concebidos que se encuentran congelados vivos?. En nuestro país aún no se regula una ley de reproducción humana asistida, que contemple estas situaciones facticas y proteja el derechos de los niños: Analizando el derecho comparado, tomando como base, la legislación española, la Ley 14:2006 sobre "Técnicas de Reproducción Asistida", del veintiséis de mayo del dos mil seis, en su Artículo 11° establece los diferentes destinos posibles que podrán darse a los embriones criopreservados: 1) Su utilización por la propia mujer o su cónyuge; 2) La donación con fines reproductivos; 3) La donación con fines de investigación; y 4) El cese de su conservación sin otra utilización: De acuerdo a nuestro derecho nacional solo es válido y ética y moralmente aceptable la primera alternativa, dado que las dos siguientes, al considerar al embrión, no sujetos de derecho, sino objeto de derecho, afecta

Poder Judicial - Tribunal de Familia del Cantón de Loja  
 Sala de Familia del Cantón de Loja  
 Sala de Familia del Cantón de Loja

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

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

PODER JUDICIAL

DA MARZO 2013  
 13° Juzgado Republico de la ciudad de Lima  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

Mza Tuzes Yupanqui Rosas  
 Especialista Legal  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02101-2011-PA/TC

PUNO

LID BEATRIZ GONZALES GUERRA

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 5 de diciembre de 2012

## VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Lid Beatriz Gonzales Guerra contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fojas 39, su fecha 25 de abril de 2011, que declaró improcedente la demanda de autos; y,

## ATENDIENDO A

1. Que con fecha 30 de diciembre de 2010, la recurrente interpone demanda de amparo contra doña Sofia Gaby Pantigozo Meza, Fiscal Superior y Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Puno, solicitando la tutela judicial de su derecho a la dignidad. Manifiesta que con fecha 6 de setiembre de 2010 tomó conocimiento de la existencia de un video que había sido filmado vulnerando su derecho a la intimidad y que generó un conjunto de especulaciones sobre su dignidad y su futuro como fiscal; que como consecuencia de ello, el día 8 de setiembre de 2010 se entrevistó con la emplazada, quien ya tenía una opinión personal sobre los hechos, y sin dejar que explicara lo sucedido le indicó que la Fiscalía de la Nación ya había tomado conocimiento del video y que se adoptarían las acciones necesarias, sugiriéndole incluso que abandone la ciudad ya que su conducta se encontraba relacionada con actos deshonorosos. Agrega que el día 13 de setiembre de 2010, al promediar las 8:30 horas, la emplazada se constituyó a su sede de labores y convocó a todo el personal fiscal y administrativo a una reunión, y refiriéndose a su persona manifestó públicamente que no era suficiente que fuera una buena fiscal, sino que debía llevar una vida decorosa y no estar con sus amantes, lesionando de esa manera su dignidad al atribuírsele una conducta en la que no ha incurrido. Finalmente refiere haber tomado conocimiento que la emplazada en cada reunión que convoca viene reiterando la misma conducta lesiva, utilizando dichas especulaciones como ejemplo para indicar a los demás trabajadores que deben llevar una vida decorosa, por lo que al existir una clara afectación de su derecho invocado, solicita el cese de dichos actos.
2. Que el Segundo Juzgado Mixto de Juliaca, con fecha 20 de enero de 2011, declaró improcedente la demanda por estimar que los hechos cuestionados no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, siendo de aplicación el inciso 1) del artículo 5º de la Ley 28237.
3. Que la Sala revisora confirmó la apelada por estimar que no existe elemento probatorio de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que permita juzgar la legitimidad o ilegitimidad del acto lesivo denunciado, pues solo existen las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02101-2011-PA/TC  
PUNO  
LID BEATRIZ GONZALES GUERRA

afirmaciones efectuadas por la demandante.

4. Que el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia ha manifestado respecto del derecho invocado que:

"[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dinamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuerza* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos" (STC 10087-2005-PA, fundamento 5).

"[...] la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano prejurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el "deber ser" y el "ser", garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, [...], también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica [...]" (STC 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9).

Asimismo y teniendo en cuenta que los alegatos formulados por la demandante se encuentran vinculados a su honor, corresponde también manifestar que

"La Constitución se refiere en su artículo 2, inciso 7, al derecho fundamental de toda persona "al honor y la buena reputación [...]". De este modo, la Constitución hace referencia a dos dimensiones de protección de la dignidad humana, la primera referida a la persona en tanto que individuo dotado de inmunidad frente a cualquier agresión a su autoestima y su dignidad objetivada como ser libre e igual a los demás; la segunda como ser que forma parte de un grupo social y se relaciona cotidianamente con sus semejantes. Mientras que la dimensión del honor individual se refiere a un derecho personalísimo indelegable, en su dimensión de buena reputación, el honor se expande como una posición *iusfundamental* que puede también ampliar sus efectos para proteger posiciones similares no solo de personas naturales, sino incluso en los entes que, amparados en alguna manifestación de personalidad jurídica que les confiere el sistema jurídico, actúan en la sociedad proyectando una imagen o un nombre o una 'razón



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02101-2011-PA/TC  
PUNO

LID BEATRIZ GONZALES GUERRA

social" (Cfr. STC 905-2001-PA/TC, STC 4099-2005-PA/TC, entre otras).

5. Que en el presente caso este Colegiado no comparte el criterio vertido por las instancias judiciales precedentes para rechazar la demanda, dado que de los alegatos de la demandante se aprecia que los presuntos actos lesivos de su derecho a la dignidad se encontrarían relacionados con las opiniones personales que, respecto de ella, la emplazada estaría manifestando públicamente ante los trabajadores del Ministerio Público pertenecientes al Distrito Judicial de Puno, situación que, *prima facie*, de acuerdo con lo expresado en el fundamento 4 *supra*, sí implicaría una grave afectación a su derecho invocado así como a su derecho al honor y a la buena reputación, controversia para la cual el proceso de amparo sí resulta idóneo. En tal sentido, al haberse producido un indebido rechazo liminar de la demanda por parte de las instancias precedentes corresponde reponer la causa al estado en que el Juzgado de origen admita a trámite la demanda de autos y corra traslado de la misma a doña Sofía Gaby Pantigozo Meza, Fiscal Superior y Presidenta de la Junta de Fiscales Superiores del Distrito Judicial de Puno, debiendo tenerse en presente que para el análisis de la pretensión demandada se requiere que las partes aporten los medios de prueba necesarios que acrediten debidamente su defensa.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**RESUELVE**

**REVOCAR** la recurrida y la apelada y ordenar al Juzgado Mixto Unipersonal de Tarata que proceda a admitir a trámite la demanda y resolverla dentro de los plazos establecidos en el Código Procesal Constitucional.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**URVIOLA HANI**  
**VERGARA GOTELLI**  
**ETO CRUZ**

Lo que certifico:

OSCAR DIAZ MUÑOZ  
SECRETARIO RELATOR  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02005-2009-PA/TC  
LIMA  
ONG "ACCIÓN DE LUCHA  
ANTICORRUPCIÓN"

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que se adjunta, y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, que se agrega.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada "Píldora del día siguiente", por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida; que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aun a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Agrega que a raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las "Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva" que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo; y que mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003-DP, del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N.º 78 "Anticoncepción Oral de Emergencia" en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

Aduce también que el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la representante de la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005 el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el "tercer efecto" del citado fármaco. La demanda sin



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de *amicus curiae* diversas entidades y organizaciones:

- a) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N.º 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP del 19 de diciembre del 2003, concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo que solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática, y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.
- b) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 6 de diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.
- c) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), quien mediante escrito del 14 de marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado un asunto de salud pública, y que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.
- d) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Añade que por lo demás la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, sólo así se explica que el supuesto teórico de acción



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.

- e) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.
- f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA), quien mediante escrito del 20 de julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.
- g) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.
- h) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.
- i) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del óvulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción; y que de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda, y reformándola la declara fundada sólo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por otro lado se declara infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

#### FUNDAMENTOS

1. De acuerdo al petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Salud se abstenga de:
  - (i) Iniciar el programa de distribución de la denominada "Píldora del Día Siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.
  - (ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

#### *Legitimidad procesal*

2. De manera preliminar a la solución de la presente controversia y aun cuando en la sede judicial ya ha habido en su momento un pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la entidad demandada, este Tribunal considera importante hacer referencia a la condición procesal de la entidad demandante.
3. Por la específica cuestión controvertida que no trata de un particular interés que corresponda de manera exclusiva y excluyente a la demandante, sino que se trata de un interés jurídico general que traspasa dicho interés particular al ingresar al ámbito del interés común, podríamos afirmar que se configuraría el supuesto de un interés difuso al que se refiere el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

Siendo que el presente caso se encuentra referido a la distribución gratuita de un producto farmacéutico vital para la vida misma que como derecho fundamental de la persona humana obliga a su protección por el Estado, la que desde luego alcanza en general a los consumidores, corresponde asumir dicha protección conforme lo prescribe el artículo 1º de la Constitución Política del Perú, ya que se encuentran dentro del ámbito de la especial protección que corresponde asumir al Tribunal Constitucional, en aras de la afirmación desde la perspectiva antropocéntrica del principio kantiano de que la persona, es eje centro, conforme lo prescribe el art. 1 de la Constitución, que privilegia a la persona humana como el centro de la preocupación por el Estado y la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



sociedad en general. La postura del consumidor exige según el artículo 65° de la Constitución que El Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y la seguridad de la población.

*Cuestiones a resolver*

**§1. Derecho a recibir información**

4. En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19° de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19° del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y a nivel regional el artículo 13° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2°, de nuestra Constitución Política.

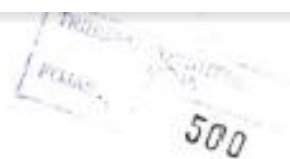
5. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez].

**§2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía**

6. El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

### §3. La vida como derecho fundamental

7. Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada "Píldora del Día Siguiente" de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:

- ✓ ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
- ✓ ¿El embrión fecundado es el "conceptus" al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
- ✓ ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
- ✓ ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

Sólo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada "Píldora del Día Siguiente" afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno.

#### 3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida

8. El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1º de la Constitución) [STC N.º 01417-2005-PA, fundamento 2].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLANO

501

9. El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que "Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos." [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 83].

10. Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que "actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad." [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 82].

### 3.2. El derecho a la vida en los tratados y otros documentos internacionales de los que el Perú es parte

11. El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

12. Así, por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo 1) "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 3º) "Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona."; y por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 6º) "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente". Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-* dispone en su artículo 4º inciso 1), que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Este mismo documento, en su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

502

artículo 5º, inciso 1), agrega: "Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral"; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que "Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad". Asimismo, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) "Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento."

#### §4. La ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia

##### 4.1. Identidad genética e individualidad biológica

13. CHIERI y ZANNONI, respecto a la formación de una nueva individualidad genética, señalan que "en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta toda la maquinaria celular, además de un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el término de individualidad biológica". Prosiguen afirmando que "a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células(...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos". [CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo A. *Prueba de ADN*. Buenos Aires: Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 2001, p. 4].

##### 4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

14. Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada *Teoría de la Fecundación*, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la *Teoría de la Anidación*, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PELUS  
503

- (i) **La Teoría de la Fecundación** se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

- (ii) **La Teoría de la Anidación**, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al sétimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido– sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre.

#### §5. El concebido como sujeto de protección jurídica

##### 5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

15. El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 1° que “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”, y en el artículo 3° que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”; para finalmente agregar en el artículo 4° que “El nacido y el que está



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

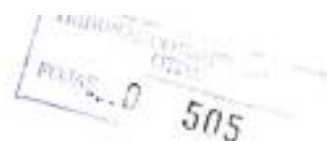
 PALACIO  
 OSORIO Y  
 504

por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana".

16. El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que "el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido", agregando que "al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece". Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término "concebido", como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que "El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo".
17. El Código Civil de 1984, en su artículo 1° declara que "la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento", agregando que "la vida humana comienza con la concepción", y que "El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece". Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 346 – Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que "La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida" y que "El concebido es sujeto de derecho desde la concepción"; la Ley N.° 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que "toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...", así como que "El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud". El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.° 17505, establecía en su artículo 17° que "Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido"; agregaba también (artículo 31°) que "Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud..."; de otro lado, en el artículo 113° estipulaba que "Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital".
18. El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.° 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: "Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad"; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1° que "Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental". Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.° 27337.
19. Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.

20. Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcarse que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.
21. Se trata del documento denominado "La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud", aprobado por Resolución Ministerial N.º 729-2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como "**marco conceptual referencial** que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad"(resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 "Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral" prevé que "Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: **\*Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...**" (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en sub grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como el primero de ellos al de "**Niño por nacer; desde la fecundación hasta antes del nacimiento**" (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se establecen los "Cuidados Esenciales para los Programas de Atención Integral de Salud por Etapas de la Vida", el cual en el punto denominado "Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y Temprana" prevé lo siguiente: "Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. **Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento...**" (resaltado y subrayado nuestro).

## 5.2. El concebido para la doctrina jurídica

22. Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS y OMEBA,





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



suficiente que define las características de un nuevo ser humano, único e irreplicable, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.

- (ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana, la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS BRAMONT-ARIAS TORRES, RAÚL PEÑA CABRERA, LUIS ROY FREIRE, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS Y JOSÉ HURTADO POZO, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

24. Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del iter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor débilitis*.

#### §6. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

##### 6.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales

25. Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que "comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional" STC N.º 3330-2004-PA, fundamento 91.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

508

26. De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como "interpretación institucional", y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

#### 6.1.1. Interpretación institucional

27. Este criterio interpretativo [STC N.º 0008- 2003-PI, fundamento 5] permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *príus* ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma GARCÍA PELAYO, "lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto." [GARCÍA PELAYO, MANUEL "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, a cargo de M. RAMÍREZ, Zaragoza, 1979, p. 79]. A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de "unidad de la Constitución", "eficacia integradora" y "concordancia práctica".

28. Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que PETER HÄBERLE denomina las "cristalizaciones culturales" subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución. En consecuencia, ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un "mínimo común axiológico", esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, "la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente "cultivados" (la voz "cultura" como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución". [HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

509

29. Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.
30. Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1°)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.
31. En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de "derecho", pues estará condenado al repudio social.
32. De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio *pro homine* y el principio *pro debilis*, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

#### 6.1.2. Principio *pro homine*

33. El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

### 6.1.3. Principio *pro debilis*

34. Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio *favor debilis, pro debilis* o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio *pro homine* antes anotado, configuran el *principio de centralidad del ser humano*. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra.

### 6.2. Análisis en concreto

35. Este Tribunal considera que se debe ser sumamente cauteloso en la dilucidación de este caso, en el que existen posiciones encontradas desde la ciencia respecto a los efectos de la pildora en el cuerpo de la madre y en el proceso vital del nuevo ser. Si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la *autoritas* de este Colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la pildora.

36. Para ello, previamente se debe adoptar una posición evidentemente sobre fundamentos que resulten razonables y justos, y sin olvidar que lo que se está interpretando es nada menos que la norma constitucional, la cual, "no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de "fáustico", pero profundamente humano y digno de ser interpretado, de transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de "encerrar" de "definir" en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto". [CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Traduc. De Cipriano Lara y Héctor Fix Zamudio, México, 1996, p. 74].

37. A este Colegiado correspondía pues, dentro del marco constitucional y sobre la base de los valores y principios que la configura, ponderar adecuadamente cada una de las posiciones expresadas y mostradas en el expediente, respecto a lo que la ciencia médica entiende por concepción y el momento en que ésta se produce. Igualmente debe ponderar lo que dice la doctrina y normativa jurídica, que no hace sino replicar la controversia inconclusa sobre este hecho tan trascendental. Este inacabado debate, del que se ha dado sólo somera cuenta, no hace sino mostrar de manera descarnada el hecho de que el ser humano, tan orgulloso de sí por el avance científico y grado de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



evolución que ha logrado, todavía no es capaz de determinar, sin lugar a controversia, el instante en el que se ha creado un nuevo miembro de su especie.

38. Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido.

#### §7. La denominada "Píldora del Día Siguiente" y sus efectos

39. La abundante instrumental que corre en autos nos dice de la riqueza de la información traída al proceso por las partes y por las personas a las que se les ha permitido intervenir en las instancias precedentes, información científica que se pone de lado de una y otra posición y que aún en la incertidumbre el Tribunal está en el deber de decidir puesto que conforme a lo que prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces no pueden dejar de resolver el conflicto sometido a su determinación, ni en casos de vacíos de la ley o en ausencia de ella.

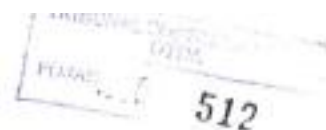
#### 7.1. Lo que dicen los insertos en el producto, respecto a sus efectos

40. Junto con lo anterior, en que, como se ha resuelto, existen posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.

- a. **GLANIQUE** (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack, S. A. En el inserto del producto se señala: Farmacodinamia: El mecanismo de acción de levonor-gestrel no se conoce completamente. GLANIQUE, en dosis de dos tomas... o dosis única... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. Podría



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



impedir igualmente la implantación de un óvulo, pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado” . (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: [http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm\\_2k8/src/prods/35280.htm](http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm)).

- b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farminustria S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina e la pituitaria anterior, previniendo la ovulación y la maduración folicular. Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: (<http://www.farminustria.com.pe/productos/222.html>)).
- c. **POSTINOR 2** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Fabricado por: Laboratorio Gedeon Richter S.A. Budapest, Hungría. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: POSTINOR 2 (levo-norgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal. Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web [www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm](http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm)).
- d. **NORTREL** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas de levonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmico de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio.”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm>).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PC/MS 513

e. **POST DAY** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafrancol. En el inserto del producto se señala: "Acción Farmacológica: POSTDAY es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. Posteriormente impide la fecundación e implantación por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del folículo". (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm>).

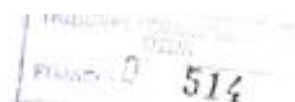
41. Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, en todos los casos se hace referencia al denominado "tercer efecto", esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, previenen, interfieren o impiden la implantación.
42. El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, aprobado por D.S., N.º 010-97-SA, en su artículo 49º modificado por D.S. N.º 020-2001-SA establece que "El prospecto o inserto que acompaña al producto farmacéutico deberá consignar, la siguiente información: a) Nombre del producto farmacéutico, b) denominación Común Internacional (DCI). En el caso de los productos medicinales homeopáticos se deberá consignar el nombre científico del recurso o recursos utilizados. c) Forma farmacéutica. d) Principios activos y excipientes (c.s.p.). e) Acción farmacológica. f) Indicaciones. g) Cuando corresponda, deberá indicarse las interacciones con otros medicamentos y con alimentos, contraindicaciones, precauciones incompatibilidad, reacciones adversas, advertencias y tratamiento en caso de sobredosis. h) Dosis y vía de administración. Información sobre algunos excipientes cuyo conocimiento sea necesario para un correcto uso del producto."

De acuerdo a las Identificaciones Estándar de Datos en Salud, aprobado por D.S. N.º 024-2005-SA, "Rotulado", se define como (item 20 del anexo): "Leyenda o escrito, inserto o prospecto que se imprime o adhiere en los envases del producto, se le adjunta o lo acompaña y que contiene la información técnica que obra en el registro sanitario del producto". En el mismo cuerpo legal se define (item 19) Registro Sanitario como "Procedimiento de aprobación por la autoridad sanitaria competente del Perú para la comercialización de un medicamento, una vez que el mismo ha pasado el proceso de evaluación. El registro debe establecer el uso específico del medicamento, las indicaciones y contraindicaciones para su empleo".

43. Como se desprende de esta normativa, los insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y obviamente en los que corresponden a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



*Levonorgestrel* en sus distintas presentaciones y marcas, no sólo se trata de informaciones que los propios fabricantes consignan sobre la base de sus investigaciones y experimentaciones con el producto que colocan al acceso del público. También, y esto es sumamente importante relevar, constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización "una vez pasado el proceso de evaluación" (evaluación que -se supone- es muy rigurosa, dada la naturaleza del producto y su uso en seres humanos, debiendo establecer dicho registro el uso específico del medicamento, las indicaciones y las contraindicaciones para su empleo.

44. Aparece como contradictorio para este Colegiado que, al tiempo que el accionado Ministerio de Salud niegue cualquier efecto de los anticonceptivos orales de emergencia sobre el endometrio y la implantación, el mismo Ministerio de Salud reciba y previa evaluación apruebe registros sanitarios de dichos productos donde se expresa todo lo contrario.

#### 7.2. Lo que dice la FDA

45. A mayor abundamiento, es necesario referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas FDA (<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafetyInformationforPatientsandProviders/ucm109795.htm>).

##### a. 1. *What is emergency contraception?*

Emergency contraception is a method of preventing pregnancy to be used after a contraceptive fails or after unprotected sex. It is not for routine use. Drugs used for this purpose are called emergency contraceptive pills, post-coital pills, or morning after pills. Emergency contraceptives contain the hormones estrogen and progestin (*levonorgestrel*), either separately or in combination. FDA has approved two products for prescription use for emergency contraception - Preven (approved in 1998) and Plan B (approved in 1999).

Su traducción sería :

¿Que es anticoncepción de emergencia?

La anticoncepción de emergencia es un método de prevención de embarazo, a ser usado cuando un anticonceptivo falla o luego de sexo sin protección. No es de uso rutinario. Los medicamentos (drogas) usados para éste propósito, son llamadas píldoras (pastillas) anticonceptivas de emergencia, píldoras post coito o píldoras del día siguiente. Los anticonceptivos de emergencia contienen las hormonas estrógeno



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

515

y progesterona, ya sea por separado o en combinación. La FDA ha aprobado dos productos para ser usados en caso de anticoncepción de emergencia: Preven y Plan B.

b. **2. What is Plan B?**

*Plan B is emergency contraception, a backup method to birth control. It is in the form of two levonorgestrel pills (0.75 mg in each pill) that are taken by mouth after unprotected sex. Levonorgestrel is a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. Plan B can reduce a woman's risk of pregnancy when taken as directed if she has had unprotected sex. Plan B contains only progestin, levonorgestrel, a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. It is currently available only by prescription.*

Su traducción sería:

¿Qué es el Plan B?

Plan B es anticoncepción de emergencia, un método backup de control de natalidad. Se administra en forma de dos pastillas de *levonorgestrel* que se toman por vía oral, luego de haber tenido sexo sin protección. *Levonorgestrel* es una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad (anticonceptivos) por más de 35 años. Plan B reduce el riesgo de la mujer de quedar embarazada, cuando es ingerido tan pronto haya tenido sexo sin protección. Plan B contiene sólo *progestin, levonorgestrel*, una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad por más de 35 años. Regularmente, se puede conseguir bajo prescripción (médica).

c. **3. How does Plan B work?**

*Plan B works like other birth control pills to prevent pregnancy. Plan B acts primarily by stopping the release of an egg from the ovary (ovulation). It may prevent the union of sperm and egg (fertilization). If fertilization does occur, Plan B may prevent a fertilized egg from attaching to the womb (implantation). If a fertilized egg is implanted prior to taking Plan B, Plan B will not work. (resaltado y subrayado nuestro).*

Su traducción sería:

¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?

Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad, para prevenir el embarazo. Plan B actúa primeramente, paralizando la liberación de un huevo (ovulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). Si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero (implantación). Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.

46. La misma Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas - FDA, también tiene registrado como anticonceptivo oral de emergencia al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



medicamento denominado Plan B One-Step fabricado por Gedeon Richter, Ltd., para Duramed Pharmaceuticals, Inc. [http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda\\_docs/label/2009/021998lbl.pdf](http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/021998lbl.pdf)) y replicado en la página web de promoción del producto (<http://www.planbonestep.com/pdf/PlanBOneStepFullProductInformation.pdf>). se indica claramente el efecto sobre la implantación por alteración del endometrio, prescribiendo: *PLAN B ONE-STEP "CLINICAL PHARMACOLOGY 12.1 Mechanism of Action Emergency contraceptive pills are not effective if a woman is already pregnant. Plan B One-Step is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation or fertilization (by altering tubal transport of sperm and/or ova). In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium). It is not effective once the process of implantation has begun".*

Cuya traducción es: "Farmacología clínica. 12.1 Mecanismo de acción. Las píldoras de anticoncepción de emergencia no son efectivas si las mujeres se encuentran embarazadas. Plan B One-Step se cree que actúa como un anticonceptivo de emergencia principalmente evitando la ovulación o la fertilización (por alteración del transporte del esperma y óvulos). Adicionalmente, puede inhibir la implantación (por alteración del endometrio). No es efectiva una vez que el proceso de implantación ha comenzado".

Es importante referir que el inserto del producto PLAN B aquí glosado, ha sido revisado en **julio del 2009**, según se consigna al pie del documento.

#### §8. La necesidad de recurrir al principio precautorio en el caso concreto

47. Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada "Píldora del Día Siguiente" y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación *principio precautorio*. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

##### 8.1. Principio precautorio

48. El principio precautorio inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

 RECEPCION  
 05/11/2015  
 517

49. Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.
50. Respecto de este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que “b) El “principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” [STC N.º 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que “c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones”.
51. Por lo expuesto, atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

FORMA 518

52. No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.

#### 8.2. Dilucidación de la controversia

53. Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada "Píldora del Día Siguiente" afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada "Píldora del Día Siguiente", debe ser declarado fundado.

54. Respecto al extremo de la demanda en el que se pide que una decisión del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, éste debe ser declarado infundado, pues de acuerdo a su configuración político constitucional, el Perú es un Estado que se sustenta, entre otros, en el principio de división, balance y control de poderes (artículo 43º de la Constitución), en los que el Poder estatal es ejercido de acuerdo a las funciones, atribuciones y competencias que la propia Constitución establece, con las consecuencias y responsabilidades propias de su función.

#### §9. Algunas consideraciones en torno a la venta de la denominada "Píldora del Día Siguiente"

55. Sobre la base de las consideraciones expuestas *supra*, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar del AOE. Sin embargo, este Colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales, no obstante no formar parte del petitorio de la demandante. Y ello porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes.

56. Todos estos elementos de análisis no se afincan en el ámbito de un pretendido perfeccionismo moral ni en el de la tutela dispensada por un Estado paternalista. Los términos de por sí complejos de la controversia exigen que se tome posición; conviene



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

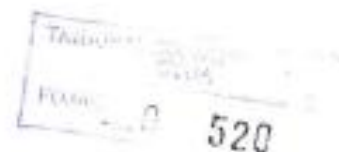
 CIVIL  
 FOLIO 519

subrayar por ello que frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución establece "un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana" [ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. pp. 183 y ss.]. Este Colegiado está convencido de que este consenso mínimo se encuentra en la afirmación de la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades.

57. Dentro del espectro de garantías de la tutela de los consumidores, en lo que a materia del presente caso corresponde, se emitirá pronunciamiento sobre el manejo de la información sobre los productos (de importancia para la salud pública y para una adecuada toma de decisión de consumo).
58. Así, en el fundamento 9 de la STC N.º 3315-2004-AA/TC, se ha interpretado que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principio *in dubio pro consumidor*. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio *pro consumidor*.
59. De allí que si había duda sobre los efectos reflejada en los insertos del producto, ésta ha debido merecer, antes del otorgamiento del Registro Sanitario respectivo que autorizó su expendio en nuestro país, una evaluación y, a partir de allí, una aprobación por parte de las autoridades de Salud, conforme a lo previsto en la normativa del sector. Se exige por tanto la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que se cuente con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras entidades u organismos. De lo contrario, los consumidores quedarán en situación de indefensión por una deficiencia del Estado en su deber de cautelar los productos que ingresan al mercado, atendiendo sobre todo a la importancia que tienen en la salud y la vida humana misma. A esta situación se añade la comercialización indiscriminada, que no se encuentra acompañada de la correspondiente prescripción, o del necesario control médico previo y posterior en los supuestos extraordinarios de su ingesta, o de la frecuencia de ella. Asimismo, se oferta como un método anticonceptivo, siendo que ni siquiera los sectores médicos más



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



entusiastas pueden darle dicho carácter. Todo lo cual configura una situación de irregularidad inconstitucional.

60. Por ello, este Colegiado considera que el presente caso permite revalorizar el *status* de consumidor no como el de ser sujeto pasivo de la economía que observa con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos y las entidades del Estado competentes desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatario fundamental de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Corresponde pues establecer límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representa no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere.

61. Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los "mercados perfectos" se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.

62. En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02005-2009-PA/TC  
LIMA  
ONG "ACCIÓN DE LUCHA  
ANTICORRUPCIÓN"

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

**HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "Pildora del Día Siguiente".
2. Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada "Pildora del Día Siguiente" incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

VERGARA GOTELLI  
MESÍA RAMÍREZ  
BEAUMONT CALLIRGOS  
ETO CRUZ  
ÁLVAREZ MIRANDA

**Lo que certifico**

FRANCISCO MIRALES SARAVIA  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 10087-2005-PA/TC  
ICA  
ALIPIO LANDA HERRERA

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Huaura, a los 18 días del mes de diciembre de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, integrado por los magistrados Landa Arroyo, Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto de los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda

#### I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Alipio Landa Herrera contra la sentencia de la Sala Civil de Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 124, su fecha 1 de setiembre de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### II. ANTECEDENTES

Con fecha 15 noviembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, solicitando que se le otorgue renta vitalicia por padecer de enfermedad profesional conforme al artículo 82º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, Reglamento de la ley N.º 26790 y el Capítulo VII del Decreto Supremo N.º 003-98-SA. Manifiesta que ha laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A., y que, como consecuencia de sus labores, en la actualidad padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por lo que le corresponde la pensión solicitada.

La emplazada propone la excepción de arbitraje y contesta la demanda alegando que el amparo no es la vía idónea para solicitar el pago de una pensión por enfermedad profesional, debido a que se requiere la actuación de medios probatorios para determinar el grado de incapacidad que padece el demandante.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, con fecha 22 de abril de 2005, declara fundada la excepción de arbitraje en atención a que el artículo 91º del D.S. N.º 009-97-SA se dispone el sometimiento de los afiliados del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo al reglamento de arbitraje y solución de controversias de las Entidades Prestadoras de Salud; y, en consecuencia, improcedente la demanda planteada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, confirma la apelada por estimar que, para dilucidar la pretensión, se requiere la actuación de medios probatorios en un proceso más lato que cuente con la estación de pruebas, de la que carece el proceso de amparo.

**III. FUNDAMENTOS**

***Derecho fundamental a la pensión y convenio arbitral***

1. Como puede apreciarse se ha planteado una excepción de convenio arbitral, por lo que antes de emitir cualquier pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es necesario resolver la excepción de convenio arbitral propuesta por la demandada.

Al respecto, el Decreto Supremo N.º 003-98-SA señala:

"artículo 25.5.3 Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.

25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.

25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud".

2. Como puede verse, de conformidad con la disposición antes mencionada, ante una discrepancia sobre el pronunciamiento del Instituto Nacional de rehabilitación la parte que esté disconforme con ella puede solicitar la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tiene el carácter de cosa juzgada.
3. Al respecto cabe señalar que el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia *vertical* –frente a los poderes del Estado– y *horizontal* –frente a los particulares–. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales, toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales –justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros– recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4. La Constitución (artículo 1°) establece que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta disposición constitucional es la “piedra angular” de los derechos fundamentales de las personas y, por ende, de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona humana fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y, a su vez, los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.

5. En ese sentido la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un *dinamo* de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la *fuerza* de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos.

6. En la medida en que los derechos fundamentales constituyen una manifestación de la dignidad de la persona humana, aquellos tienen una posición central en el ordenamiento jurídico. Esa *centralidad* implica, a su vez, la previsión de mecanismos jurídicos que garanticen su eficacia real, pues cuando se vulnera un derecho fundamental se afecta tanto el derecho subjetivo de las personas cuanto el conjunto de valores y bienes constitucionales que precisan ser igualmente protegidos. Ello justifica que nuestra Constitución (artículo 200°) haya previsto determinadas “garantías constitucionales” a fin de salvaguardar el principio de supremacía jurídica de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

7. Esto mismo puede predicarse de los denominados derechos sociales, por cuanto éstos no pueden ni deben ser concebidos como derechos *programáticos* sino más bien como derechos *progresivos*. La diferencia entre uno y otro –que no es para nada irrelevante– radica en que si se asume que los derechos fundamentales son programáticos el Estado no asume obligación alguna para garantizar su plena eficacia, mientras que lo *progresivo* sí comporta la obligación positiva y negativa del Estado de otorgar en la mayor medida posible –esto es dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas– las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales en general y del derecho a la pensión en particular.

En el caso concreto se trata del derecho fundamental a la pensión pero en relación con el derecho fundamental a la vida (artículo 2° inciso 1 de la Constitución) y con el derecho a la salud (artículo 7° de la Constitución), en la medida en que el demandante afirma padecer de neumoconiosis. Frente a este supuesto una disposición legal en el sentido que establece el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Decreto Supremo N.º 003-98-SA, en relación con el convenio arbitral, no se condice ni con el carácter fundamental de los derechos reconocidos en la Constitución ni con su naturaleza de indisponible como es el caso del derecho fundamental a la salud, contraria, de otro lado, los deberes fundamentales que asume el Estado (artículo 44º de la Constitución). De ahí que no puede concluirse, bajo interpretación formalista de esta disposición, que “[e]n el presente caso la vía arbitral ya está predeterminada por ley”.

9. En ese sentido, siendo que en el presente caso están de por medio no sólo el derecho fundamental a la pensión sino también a la vida y a la salud, su adecuada protección debe ser determinada por un órgano jurisdiccional y vía el proceso correspondiente, más aún si el artículo 1º de la propia Ley General de Arbitraje (Ley N.º 26572), *contrario sensu*, establece que no pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes no tienen facultad de libre disposición. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que este Tribunal en casos similares al presente, ha venido desestimando excepciones de convenio arbitral; así, por ejemplo, tenemos a las sentencias recaídas en los expedientes 7627-2005-PA, 7641-2005-PA y 10063-2006-PA, entre otras.

*Análisis del caso concreto*

10. En el presente caso el demandante solicita que se le otorgue pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 y al Decreto Supremo N.º 009-97-SA, tomando en cuenta que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. En consecuencia, la pretensión del recurrente se encuentra comprendida en el supuesto previsto en el fundamento 37 de la STC 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2005, en que se ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho.
11. Asimismo en la STC 1008-2004-AA/TC se ha precisado los criterios para otorgar la renta vitalicia por enfermedad profesional, determinando el grado de incapacidad generado por la enfermedad según su estadio de evolución, así como la procedencia del reajuste del monto de la renta percibida conforme se acentúa la enfermedad y se incrementa la incapacidad laboral.
12. Al respecto cabe precisar que el Decreto Ley N.º 18846 fue derogado por la Ley N.º 26790, publicada el 17 de mayo de 1997, que estableció en su Tercera Disposición Complementaria que las reservas y obligaciones por prestaciones económicas del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, regulado por el Decreto Ley N.º 18846, serían transferidas al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo administrado por la ONP.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

13. Mediante el Decreto Supremo N.º 003-98-SA se aprobaron las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgos, cuyo artículo 3º señala que enfermedad profesional es todo estado patológico permanente o temporal que sobreviene al trabajador como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.
14. A fojas 3 obra el Examen Médico Ocupacional expedido por el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (CENSOPAS) del Ministerio de Salud, de fecha 7 de abril de 2003, en el que consta que el demandante padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución. Asimismo, debe precisarse que este diagnóstico ha sido corroborado con la historia clínica obrante de fojas 20 a 23 del Cuaderno del TC.
15. De acuerdo con los artículos 191º y siguientes del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a los procesos constitucionales, el examen médico-ocupacional que practica la Dirección General de Salud Ambiental - Salud Ocupacional, del Ministerio de Salud, constituye prueba suficiente y acredita la enfermedad profesional que padece el recurrente, conforme a la Resolución Suprema N.º 014-93-TR, publicada el 28 de agosto de 1993, que recoge los Lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT para la Evaluación y Diagnóstico de la Neumoconiosis, requiriendo el demandante atención prioritaria e inmediata, por lo que no es exigible la certificación por la Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades de EsSalud.
16. En el referido examen médico no se consigna el grado de incapacidad física laboral del demandante; sin embargo, en aplicación de la Resolución Suprema N.º 014-93-TR, publicada el 28 de agosto de 1993, que recoge los Lineamientos de la Clasificación Radiográfica Internacional de la OIT para la Evaluación y Diagnóstico de la Neumoconiosis, este Colegiado interpreta que en defecto de un pronunciamiento médico expreso, la neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución produce, por lo menos, Invalidez Parcial Permanente, con un grado de incapacidad no menor al 50% y que a partir del segundo estadio de evolución, la incapacidad se incrementa a más del 66.6% generando una *Invalidez Total Permanente*, ambas definidas de esta manera por los artículos 18.2.1 y 18.2.2 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Riesgo.
17. Al respecto el artículo 18.2.1 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA define la invalidez parcial permanente como la disminución de la capacidad para el trabajo en una proporción igual o superior al 50%, pero menor a los 2/3 (66.66%), razón por la cual corresponde una pensión de invalidez vitalicia mensual equivalente al 50% de la Remuneración Mensual. En cambio el artículo 18.2.2 señala que sufre de invalidez total permanente, en una proporción igual o superior al 66.66%, en cuyo caso la pensión de invalidez vitalicia mensual será igual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

al 70% de la Remuneración Mensual del asegurado, equivalente al promedio de las remuneraciones asegurables de los 12 meses anteriores al siniestro, entendiéndose como tal al accidente o enfermedad profesional sufrida por el asegurado.

18. Por tanto advirtiéndose de autos que el demandante estuvo protegido durante su actividad laboral por los beneficios del Decreto Ley N.º 18846, le corresponde gozar de la prestación estipulada por su norma sustitutoria y percibir una pensión de invalidez permanente parcial equivalente al 70% de su remuneración mensual, en atención a la incapacidad orgánica funcional que padece a consecuencia de la neumoconiosis (silicosis) en segundo estadio de evolución.
19. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho estimamos que al haberse calificado como prueba sucedánea idónea el examen médico presentado por el recurrente, en defecto del pronunciamiento de la Comisión Evaluadora de Incapacidades, la contingencia debe establecerse desde la fecha del pronunciamiento médico que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia -antes renta vitalicia- en concordancia con lo dispuesto por el artículo 19 del Decreto Supremo N.º 003-98-SA.

*Precedentes constitucionales vinculantes*

**Precedente vinculante 1: Prescripción de la pensión vitalicia**

20. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
- b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.*

**Precedente vinculante 2: Ámbito de protección del Decreto Ley 18846 y del Decreto Supremo 002-72-TR**

21. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
- b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado siempre y cuando se haya laborado antes*


**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

*como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero. Asimismo debe señalarse que: los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley 19990 que en su inciso d) del artículo 25.º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29.º del Decreto Supremo 011-74-TR.*

**Precedente vinculante 3: Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional**

22. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
- b) Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el Certificado Médico de Invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas y el propio solicitante.*

**Precedente vinculante 4: Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad**

23. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.
- b) Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que en el caso de la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, las reglas son que: *a) Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.* Asimismo, en el caso de invalidez de la Ley 26790, las reglas son que: *a) Resulta incompatible que un asegurado con gran*



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración. b) Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración. c) Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.*

Del mismo modo el Tribunal Constitucional establece como regla sustancial que: *ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley 19990 o a la Ley 26790. Asimismo ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115.º del Decreto Supremo 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.*

**Precedente vinculante 5: El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional**

24. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

b) **Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos. Asimismo, se establece que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido.*

**Precedente vinculante 6: La pensión mínima del Decreto Legislativo 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional**

25. a) **Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

**b) Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley 18846, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.*

**Precedente vinculante 7: El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral**

26. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

**b) Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 003-98-SA y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.*

**Precedente vinculante 8: Responsabilidad del Estado en el SCTR**

27. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

**b) Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88.° del Decreto Supremo 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.*

**Precedente vinculante 9: La inversión de carga de la prueba**

28. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**b) Regla sustancial:** El Tribunal Constitucional establece que: *en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos referidos (de control anual y de retiro), para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.*

**Precedente vinculante 10: Reglas procesales aplicables a todos los procesos de amparo**

29. **a) Regla procesal:** El Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201° de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

**b) Regla sustancial:** Al haberse establecido como criterio vinculante que sólo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley 26790, constituyen la única prueba idónea para acreditar que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, este Tribunal estima que en virtud de su autonomía procesal y en atención a su función de ordenación, debe determinar las reglas procesales que han de ejecutarse para la aplicación del criterio referido. Así, tenemos que:

*i) Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, que aún no hayan sido admitidas a trámite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.*

*ii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley 26790 y al Decreto Supremo 009-97-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente, en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o*

*presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.*

*iii) En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.*

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de arbitraje planteada por la demandada; y **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar que la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros le otorgue al demandante la prestación económica que le corresponde conforme a la Ley, con el abono de devengados, intereses legales y costos procesales.

Publíquese y notifíquese

SS.  
**LANDA ARROYO**  
**MESÍA RAMÍREZ**  
**VERGARA GOTELLI**  
**BEAUMONT CALLIRGOS**  
**CALLE HAYEN**  
**ETO CRUZ**  
**ÁLVAREZ MIRANDA**



Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivas  
 SECRETARIO RELATOR (c)

**EXP. N.º 0013-2003-CC/TC**  
**LIMA**  
**MUNICIPALIDAD DISTRITAL**  
**DE PACHACÁMAC**

***RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL***

Lima, 29 de diciembre de 2003

**VISTA**

La demanda sobre conflicto de competencias interpuesta por la Municipalidad Distrital de Pachacámac contra la Municipalidad Provincial de Huarochirí; y,

**ATENDIENDO A**

1. Que, conforme lo dispone el artículo 46º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) N.º 26435, este Tribunal conoce de los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimitan los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales, y que puedan oponer: a) al Poder Ejecutivo con uno o más gobiernos regionales o municipalidades; b) a dos o más gobiernos regionales, municipales o de ellos entre sí, y c) a los poderes del Estado entre sí o con cualquiera de los otros órganos constitucionales, o de estos entre sí.
2. Que, conforme lo establece el artículo 49º de la LOTC, se encuentran legitimados para demandar mediante el presente proceso los titulares de cualquiera de los poderes o entidades estatales en conflicto. En el caso de autos, se trata de una Municipalidad Distrital, la que, a su vez, viene siendo representada por su Alcalde.
3. Que la entidad demandante solicita en su petitorio que se declare la nulidad de la Ordenanza Municipal N.º 000011 de la Municipalidad

Provincial de Huarochirí y, por extensión, los Acuerdos de Concejo N.ºs 009-2000-MDSDLO, de la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de los Olleros, y 08-2003-AL/MDSA, de la Municipalidad Distrital de San Antonio, en virtud de los cuales se aprueba el plano perimétrico y la memoria descriptiva de los referidos territorios; por considerar que en el fondo, mediante dicha Ordenanza, se pretende delimitar la demarcación territorial de la provincia de Huarochirí, función que corresponde únicamente al Poder Legislativo, a propuesta del poder Ejecutivo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 7) del artículo 102º de la Constitución.

4. Que, de conformidad con el artículo 102º, inciso 7), de la Constitución de 1993, corresponde al Poder Ejecutivo proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobarla. En consecuencia, las municipalidades provinciales y distritales carecen de competencia para formular directamente propuestas al Congreso y menos aún para aprobar o modificar la demarcación territorial.
5. Que, aun cuando el conflicto de competencias es un proceso *inter partes*, el Tribunal Constitucional determina definitivamente a quién corresponde la titularidad de la competencia controvertida dentro del ordenamiento jurídico nacional, lo cual tiene alcances generales y ya ha sido establecido en lo que respecta a la demarcación territorial, conforme se indica en el párrafo anterior.
6. Que, en el presente caso, el acto que se impugna no ha producido una lesión a las competencias o atribuciones directas de la Municipalidad demandante, pues, como ya se ha señalado, la demarcación territorial corresponde únicamente ser aprobada por el Congreso. En ese sentido, no se ha concebido el conflicto como una invasión de atribuciones o competencias, lo que suele denominarse en doctrina *vindicatio potestatis*, a efectos de reivindicar una potestad o competencia ejercida por otro como propia.
7. Que, conforme a lo establecido en el artículo 52º de la LOTC, la finalidad de someter una discrepancia de orden competencial ante el Tribunal Constitucional es determinar la titularidad de las competencias o atribuciones en controversia, así como la anulación de las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia en los cuales se hubiera originado el conflicto. No obstante, si el conflicto versara sobre una

competencia o atribución expresada en una norma con rango legal, el Tribunal deberá declarar que la vía correspondiente es la acción de inconstitucionalidad.

8. Que el recurrente pretende que se realice el control normativo por motivos sustantivos, al solicitar la nulidad de una Ordenanza Municipal. A ese respecto, Germán Fernández Farreres subraya: “lo decisivo o esencial en el proceso constitucional de competencia, es la diferencia de opinión sobre las respectivas competencias y la subsiguiente titularidad de una esfera de actuación del ente determinada por la competencia territorial, y no el control de constitucionalidad de disposiciones *de rango infralegal*” (Las sentencias en los conflictos de competencia de órganos constitucionales. CEPC. Madrid. 1998, pág. 103). Y es que justamente los procesos de inconstitucionalidad han sido diseñados para evaluar la constitucionalidad de una norma de rango legal, donde, *a priori*, resulta indiferente cuál es la causa concreta de la inconstitucionalidad (Gómez Montoro, Ángel. El conflicto entre órganos constitucionales. CEC. Madrid. 1992, pág. 390).
9. Que, en tal sentido, es de aplicación al presente caso el primer párrafo del artículo 48º de la LOTC, que textualmente señala lo siguiente: “Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es la de acción de inconstitucionalidad [...]”.

Ahora bien, este Tribunal no puede otorgar, de oficio, a la presente demanda la forma de una acción de inconstitucionalidad y darle trámite, toda vez que el demandante no goza de legitimidad procesal activa en esa vía. Asimismo, tomando en cuenta que el principio de lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tampoco procede la revisión por extensión de los Acuerdos de Concejo N.ºs 009-2000-MDSDLO y 08-2003-AL/MDSA, ratificados mediante la referida Ordenanza.

10. Que, a mérito del presente caso, este Tribunal, en ejercicio de sus atribuciones como Supremo Intérprete de la Constitución, considera necesario precisar algunos conceptos relacionados con los conflictos constitucionales de competencia y atribuciones, a fin de determinar en qué casos cabe plantear una contienda de competencias o atribuciones:

### 10.1 De los elementos del conflicto

A tenor de lo dispuesto en la Constitución y los artículos correspondientes de la LOTC, para plantear una contienda de competencia deberá constatarse la concurrencia de los elementos que la integran, es decir:

- a) que *los sujetos* involucrados en el conflicto cuenten con legitimidad para accionar, siendo estos los órganos constitucionales, poderes del Estado u gobiernos locales o regionales;
- b) que *la materia* del conflicto tenga una dimensión constitucional, en la medida en que se trate de competencias o atribuciones derivadas de la Carta Fundamental o en las Leyes Orgánicas respectivas, quedando, de este modo, excluido de la competencia de este Tribunal cualquier conflicto de materia administrativa o de otra índole, ya sea por no coincidencia de sujetos o por falta de materia constitucional, reconociéndose, así, una *reserva de jurisdicción constitucional* de los conflictos de competencia a favor del Tribunal Constitucional.

### 10.2 De los sujetos legitimados

El artículo 46° de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que pueden ser sujetos del conflicto: a) los poderes del Estado, b) los órganos constitucionales, y c) los gobiernos regionales o municipales. En ese sentido, queda establecido que cualquier otro órgano que no cuente con reconocimiento o rango constitucional carece de legitimidad activa para tramitar una contienda de competencia, como, por ejemplo, en el caso de órganos administrativos cuyas competencias no han sido asignadas por la Constitución o leyes de desarrollo constitucional.

### 10.3 De la materia

En la línea de lo antes señalado, además de constatar la existencia de algún tipo de controversia de competencias o atribuciones, *es necesario verificar que ellas gocen de reconocimiento constitucional*, para lo cual deberá tomarse en cuenta el bloque de constitucionalidad a que se refieren los artículos 46° y 47° de la

LOTIC, concordantes con el artículo 22°. De este modo, en aquellos casos en los cuales deba definirse competencias o atribuciones que cuenten con desarrollo constitucional, pero que generen confusión al momento de interpretar y definir titularidad, sobre todo cuando, por la naturaleza de los órganos y funciones, se reconozcan competencias compartidas –como es el caso de los Gobiernos Locales y Regionales–, el análisis de competencia deberá superar el *Test de la Competencia*, método mediante el cual el Tribunal analiza las materias asignadas a los sujetos constitucionales en conflicto bajo los parámetros de actuación desarrollados, según se trate del ejercicio de competencias, sean estas exclusivas, compartidas o delegables.

#### 10.4 Del Objeto del Proceso

Si bien la Constitución de 1993 y la LOTIC no describen expresamente el objeto de la acción de conflicto de competencias, ello puede interpretarse de la lectura de los artículos 46° al 52° de la LOTIC. De este modo, cuando el artículo 47° de la LOTIC establece que “el conflicto se produce cuando alguno de los poderes o entidades estatales a que se refiere el artículo anterior, adopta decisiones o rehúye deliberadamente actuaciones, *afectando competencias o atribuciones que la Constitución y las leyes orgánicas confieren a otro*”, lo que se busca en la contienda es que los órganos constitucionales respeten el orden de competencias establecido por la Constitución y las leyes integrantes del denominado *bloque de constitucionalidad*; caso contrario, se correría el riesgo de efectuar un análisis basado en disposiciones recogidas en puras leyes ordinarias, convirtiendo al Supremo Interprete Constitucional en un guardián de la legalidad antes que de la constitucionalidad de las normas.

Lo antes señalado, lógicamente advierte de una doble finalidad en el proceso, cual es el pronunciamiento sobre la titularidad de una competencia y la legitimidad de determinada decisión (expresada en alguna disposición, acto o resolución), emitida con vicio de incompetencia, tal como lo dispone el artículo 52° de la LOTIC; no

pudiendo existir conflicto, si la duda sobre la titularidad de competencia no se materializa en alguna decisión concreta, o, si existiendo, la misma no se fundamenta en una vulneración al orden de competencias (Gómez Montoro, Ángel. El conflicto entre órganos constitucionales. Op. cit., págs. 363- 364)

De otro lado, cabe precisar que el artículo 46° de la LOTC hace referencia a los conceptos de competencia o atribuciones sin distinguir su uso para algún supuesto concreto, pues ellos, junto con otros términos como los de funciones, facultades y potestades, son utilizados de manera alterna en el ámbito constitucional. Sin embargo, puede entenderse que, *en puridad*, el término competencia es utilizado cuando el conflicto verse sobre gobiernos regionales o municipales, de acuerdo con la lectura de los artículos 191°, 192° y 197° de la Constitución, así como lo dispuesto en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades y Ley de Bases de la Descentralización, en tanto que puede entenderse por atribuciones a las posibilidades jurídicas de actuación que la Constitución y las normas que la desarrollan, confieren a los poderes y órganos constitucionales del Estado.

### **10.5 De la competencia y el acto estatal constitucional**

La competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal.

Las normas del bloque de constitucionalidad son aquellas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.

En principio, dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función

de que el titular responsable de aquel hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él.

La competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no sólo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad. En ese contexto, el Estado, a través de uno de sus órganos u organismos constitucionales puede manifestar válidamente, fruto de una competencia imperativa o discrecional –según lo dispongan la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad-, su voluntad política.

La competencia de los titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos, se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- a) La competencia personal y el acto estatal constitucional  
La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué operadores o agentes del poder político se encuentran facultados para realizar un determinado acto a nombre y en representación del Estado.

En puridad, el sistema constitucional hace referencia a ciertos sujetos denominados autoridades para que, operando algún órgano u organismo constitucional, sean protagonistas de ciertas acciones hacia terceros (otras autoridades o gobernados).

- b) La competencia material y el acto estatal constitucional  
La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué tipo de acto estatal puede ser realizado por un determinado agente u operador del poder político. En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino de la conducta que deben verificar en concreto. Es usual que la razón material de la actividad de las autoridades se expresa en alguna o algunas de las funciones estatales (normar, administrar-ejecutar, dirimir conflictos, controlar).

- c) **La competencia temporal y el acto estatal constitucional**  
La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el período de validez del acto estatal ejecutado. En estos casos, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino a la órbita de validez de las atribuciones en el tiempo. En principio, la competencia no tiene limitaciones temporales, a menos que la Constitución u otra norma determine que tales atribuciones son categóricamente finitas o accidentales.
- d) **La competencia territorial y el acto estatal constitucional**  
La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el marco espacial de validez del acto estatal ejecutado. En virtud de ello, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que precisa la órbita de validez intraterritorial de las atribuciones conferidas. En consecuencia, dicha competencia puede tener un alcance nacional, regional, departamental o local.
- e) **La competencia procesal y el acto estatal constitucional**  
La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen la forma o mecanismo como deberá realizarse el acto estatal. Por consiguiente, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que, además, establece el íter político-jurídico administrativo que debe seguirse para conservar la constitucionalidad de un acto estatal.

## **10.6 De las notas condicionantes de la competencia del acto estatal**

La competencia para realizar actos estatales tiene como notas condicionantes las cuatro siguientes: la indelegabilidad, la taxatividad, la razonabilidad y la proporcionalidad.

Al respecto, veamos lo siguiente:

- a) **La indelegabilidad**

La competencia del acto estatal constitucional -es decir, la competencia para realizar actos estatales- no puede ser objeto de transferencia, cesión o encargo, pues obliga inexcusablemente a que la atribución conferida sea ejercitada directa y exclusivamente por la autoridad titular del órgano u organismo a la que se le ha otorgado. Siendo así, tal atribución deberá ser ejercida por el agente u operador encargado de la conducción de ese ente estatal.

b) La taxatividad

El ejercicio de la competencia constitucional está limitado o reducido a lo expresamente conferido. Esta competencia no puede ser ampliada o extendida en modo alguno. Más aún, las facultades conferidas a las autoridades de los órganos u organismos estatales son objeto de interpretación restrictiva.

En el ámbito del derecho constitucional opera el apotegma jurídico que dice que “sólo le está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, ello a diferencia de lo dispuesto para la ciudadanía, la que se rige por el principio de que “aquello que no está prohibido, está permitido”.

La competencia asignada puede ser reglada o discrecional.

La competencia estatal reglada es aquella en que la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad predeterminan en forma concreta la conducta que el operador o agente político debe ejecutar, estableciendo expresamente las condiciones, formas y procedimientos que deberán seguirse.

Esta competencia permite al ciudadano conocer de antemano la decisión que habrá de adoptar el Estado, bastándole para ello situar el supuesto de un hecho dentro del marco de la norma, principio o práctica constitucional aplicable.

La competencia estatal discrecional es aquella en donde la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad enuncian el ejercicio de una facultad política, empero dejan en

libertad al operador o agente para elegir el curso del acto estatal; en este caso, el marco constitucional no establece condiciones, recaudos o procedimientos específicos, sino sólo la respectiva asignación de facultades, por lo cual el modo, la oportunidad, conveniencia o inconveniencia de su realización quedan sujetos al criterio político de quien ejerce la competencia. Por este motivo, los actos objeto de esta competencia no son justiciables, salvo el caso de que los órganos jurisdiccionales encargados del control y la defensa de la constitucionalidad se pronuncien sobre la existencia, a favor de sí mismas, de una competencia jurisdiccional sobre la materia.

c) La razonabilidad

El acto estatal debe encontrar su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que lo generan. En ese sentido, la doctrina exige que exista una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquel.

En consecuencia, la razonabilidad implica una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.

La razonabilidad puede ser analizada desde una doble perspectiva: cuantitativa y cualitativa.

La razonabilidad cuantitativa pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida.

Su fundamentación apuesta a la adecuación entre el hecho desencadenante del acto estatal y el resultado de éste en cuanto a su magnitud numérica, dineraria, aritmética, etc.

La razonabilidad cualitativa pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, busca la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para

aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

c) La proporcionalidad

El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que los origina y el efecto buscado. En ese sentido, existe la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquel.

La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, *si y sólo si* guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predominantes.

La proporcionalidad exige la existencia indubitable de conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal.

En consecuencia, la proporcionalidad aparece cuando la razón del efecto sea deducible de la causa o que sea previsible a partir de ella.

Ahora bien, más allá de la convención doctrinaria que admite su autonomía como concepto, en puridad, la proporcionalidad es una modalidad más de la razonabilidad (razonabilidad instrumental).

### **10.7 De si el debate procesal en una sentencia debe centrarse en dilucidar sobre la competencia o sobre los actos viciados de incompetencia**

Tomando en cuenta que, en la mayoría de los casos, la discusión sobre la titularidad de competencia o atribuciones (*conflicto principal*) se origina en torno a un acto concreto de aparente vulneración de alguno de los conceptos referidos (*conflicto accesorio*), cabe preguntarse si la esencia del litigio es exclusivamente la decisión sobre la determinación

de competencias o la misma; pero sin excluir el pronunciamiento sobre el acto que la originó.

En atención al texto de los artículos 48° y 52° de la LOTC, queda claro que si bien la controversia principal es justamente el litigio de competencias o de atribuciones, ello no excluye un pronunciamiento sobre el acto en el cual se origina, salvo que el mismo esté basado en norma con rango legal, pues, caso contrario, carecería de sentido que este Tribunal se pronunciara sobre la titularidad de competencia, dejando vigentes los actos que hubiese emitido el órgano, poder, gobierno regional o municipal, careciendo de atribuciones o legitimidad competencial. En todo caso, esta facultad, reconocida en el artículo 52° de la LOTC, es evaluada por este Tribunal en cada controversia planteada, tomando en cuenta que, en algunos casos, la nulidad irrestricta de los actos administrativos podría afectar derechos de terceros.

En conclusión, se parte de que la disposición, resolución u acto que motive la interposición de un conflicto de competencia no es el objeto del proceso *por sí mismo*; no obstante, al originarlo merece un pronunciamiento accesorio. Sin embargo, aun sobre la base de este razonamiento, existen supuestos que se exceptúan de pronunciamiento en esta vía, entre los cuales se encuentra el caso materia de autos, conforme se ha señalado en el noveno párrafo de la presente Resolución.

Por las consideraciones expuestas y en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú y su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional

#### RESUELVE

Declarar **INADMISIBLE** la demanda de conflicto de competencias, debiendo tramitarse lo solicitado por la vía de la acción de inconstitucionalidad. Dispone su notificación y publicación conforme a ley.

SS.

**ALVA ORLANDINI**

**BARDELLI LARTIRIGOYEN**

**REY TERRY**

**REVOREDO MARSANO**

**GONZALES OJEDA**

**GARCÍA TOMA**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

Lima, once de agosto de dos mil once.-

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

**I. MATERIA DEL RECURSO:**

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

**III. CONSIDERANDO:**

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

---

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010  
LIMA

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

**SEXTO.-** Que, habiendo sido desestimada la causal *in procedendo*, corresponde resolver la causal *in iudicando*, respecto a la infracción normativa por interpretación errónea del artículo 7 de la Ley 28842, en ese sentido, conviene precisar que dicha disposición señala: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.”*; en ese contexto, se puede advertir que nuestra legislación admite las técnicas de reproducción asistida -TERAS-, por lo que conviene señalar que tal y como se les ha reconocido en la declaración de Mónaco, sobre bioética y derechos del niño, son métodos supletorios no alternativos. Supletorios, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a

---

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

---

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

---

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

---

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

**IV. DECISIÓN:**

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 398 del Código Procesal Civil:

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

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

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

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**  
**DE VALDIVIA CANO**  
**VINATEA MEDINA**  
**CASTAÑEDA SERRANO**

moc

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

---

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

---

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

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

**S.**

**WALDE JAUREGUI**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

Lima, once de agosto de dos mil once.-

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

**I. MATERIA DEL RECURSO:**

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

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

**III. CONSIDERANDO:**

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

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

---

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

---

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

**IV. DECISIÓN:**

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

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

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

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

**SS.**

**ALMENARA BRYSON**  
**DE VALDIVIA CANO**  
**VINATEA MEDINA**  
**CASTAÑEDA SERRANO**

moc

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

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA  
SALA CIVIL PERMANENTE

CAS. N° 4323-2010

LIMA

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

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

**CAS. N° 4323-2010**

**LIMA**

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

**S.**

**WALDE JAUREGUI**





