



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO**

TESIS

**EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS
HIJOS NACIDOS A TRAVÉS DE TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ASISTIDA PARA SALVAGUARDAR
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO
COMPARADO**

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Autor (a):

Bach. Claudia Jhurnely Duran Dávila

<https://orcid.org/0000-0002-0145-4835>

Asesor:

Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis

<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2021

**EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS
NACIDOS A TRAVÉS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA PARA SALVAGUARDAR EL INTERÉS
SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO COMPARADO**

Autor:

Claudia Jhurnely Duran Dávila

Aprobado por:

Presidente:

secretario:

Vocal:

DEDICATORIA

Esta tesis es dedicada primero al creador quien me acompaña en los momentos más difíciles de mi vida y a mi familia, por ser mi origen de motivación en especial a mis papás; papito Julio mi incondicional compañero, mi mamita Elvira que desde lo más alto me guía y me protege, a mi padre y gran amigo Miguel Ángel , quienes son la razón principal de cumplir el objetivo propuesto.

AGRADECIMIENTO

Al todopoderoso, por darme la vida y permitirme cumplir mis metas, por ser testigo de la elaboración de mi trabajo de investigación con existo.

Mi agradecimiento es para mí mentor Dr. Jorge Luis Idrogo Pérez por sus orientaciones y apoyo incondicional durante el periodo de la elaboración de la tesis.

A los maestros de la universidad señor de Sipán de la facultad de Derecho; por dedicar todas sus sabidurías y experiencias profesionales en el paso de mi vida universitaria.

RESUMEN

En el caso de los diferentes tipos de situaciones de infertilidad, esterilidad u otros impedimentos para la concepción, se crearon las Técnicas de Reproducción Asistida; con éstas procuraban cumplirse el objetivo de ser progenitores de aquellos que no lo pueden ser de manera natural. Las mismas fueron especializándose, pero dejando de un lado el aspecto jurídico de ellas, debido que fueron escasamente establecidos generando diversas problemáticas. La mayor problemática es con respecto si sería beneficioso el reconocimiento de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida para poder salvaguardar el interés superior del niño, en la legislación peruana, la presente tesis tiene como **objetivo** elaborar una propuesta legislativa que permita la protección jurídica para el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida para salvaguardar el interés superior del niño en la Legislación Peruana. **La metodología** que se utilizó es de **tipo Cualitativa** - Descriptiva, a través de la examinación de jurisprudencia que analiza la realidad jurídico social. Se realizó un análisis e interpretación de la jurisprudencia antes mencionada, las cuales se aportó a la investigación, llegando a la conclusión que es menester una norma jurídica que proteja y esté en defensa de los embriones ya que al ser seres vivos tienen derechos supremos.

PALABRAS CLAVES: filiación, interés superior del niño, derechos.

ABSTRACT

In the case of the different types of situations of infertility, sterility or other impediments to conception, Assisted Reproduction Techniques were created; With these they tried to fulfill the objective of being parents of those who cannot be naturally. They were specializing, but leaving aside the legal aspect of them, since they were scarcely established, generating various problems. The main problem is with respect to whether the recognition of children born through assisted reproduction techniques would be beneficial in order to safeguard the best interests of the child. In Peruvian legislation, this thesis aims to prepare a legislative proposal that allows the legal protection for the recognition of the affiliation of children born through assisted reproduction techniques to safeguard the best interests of the child in Peruvian Legislation. The methodology used is of a Qualitative - Descriptive type, through the examination of jurisprudence that analyzes the social legal reality. An analysis and interpretation of the aforementioned jurisprudence was carried out, which contributed to my research, concluding that a legal norm is necessary that protects and is in defense of embryos since, as living beings, they have supreme rights.

KEY WORDS: filiation, best interests of the child, rights

ÍNDICE

DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN.....	v
ABSTRACT	vi
I. INTRODUCCIÓN	10
1. Realidad Problemática.....	11
1.1. Nivel Internacional.....	12
1.2. Nivel Nacional	14
1.3. Nivel Local.....	16
2. Antecedentes de Estudio	17
2.1. Internacionales.....	17
2.2. Nacionales.....	18
3. Abordaje Teórico	19
3.1. Noción Jurídica de la Filiación	19
3.2. Las nuevas técnicas de reproducción asistida.....	19
a) Ovocesión	20
b) Maternidad subrogada.....	22
3.3. Uso de los métodos de la reproducción asistida.....	23
a) Madre portadora	27
b) Embriocesión	28
3.4. El derecho personalísimo a la identidad y el paliativo discurso del interés superior del menor	29
3.5. Constitucionalidad, control difuso, Poder judicial e inaplicación de los artículos 396 y 404 del Código Civil	32
3.6. Derecho a la verdad Biológica de los niños (críticas y comentarios a la casación N°2245-2014).....	36
3.7. Antecedentes de la Casación	37
3.8. La Doctrina de la Protección integral.....	38
3.9. El principio de interés superior del niño.....	42
a) Como un derecho de carácter sustantivo:	44
b) Un buen principio	44
c) Una regla de procedimiento	45

d) Derecho a la identidad.....	45
e) El derecho a la verdad biológica	46
3.10. Análisis de la casación desde la óptica de la doctrina de la protección integral del niño	46
4. Formulación del problema.....	50
5. Justificación e importancia del estudio	51
6. Hipótesis	51
7. Objetivos.....	52
7.1. Objetivo general	52
7.2. Objetivos específicos	52
8. Limitaciones	52
II. MATERIALES Y METODOS	54
2.1. Tipo y Diseño de la Investigación.....	54
2.1.1. Tipo	54
2.1.2. Diseño.....	54
2.2. Variables, Operacionalización.	55
2.2.1. Variable Independiente	55
2.2.2. Variable Dependiente	55
2.2.3. Operacionalización	56
2.3. Población y muestra.	58
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.....	58
2.5. Procedimientos de análisis de datos.....	58
2.6. Criterios éticos.	59
a. Dignidad Humana:	59
b. Consentimiento informado.....	59
c. Información	59
d. Voluntariedad.....	59
e. Beneficencia:.....	60
f. Justicia:	60
2.7. Criterios de Rigor Científicos	60
a. Aplicabilidad	60
b. Consistencia.....	60
c. Neutralidad.....	60

III. RESULTADOS	61
3.1. Resultados en diagrama de flujo.	61
3.1.1. Resultados en tablas y figuras	61
3.2. Discusión de resultados.....	66
3.3. Aporte práctico – proyecto de ley	68
IV. CONCLUSIONES.....	70
V. RECOMENDACIONES	71
ANEXOS:.....	75
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	72

I. INTRODUCCIÓN

El problema en el que se centra esta investigación es lo que he llamado reconocimiento de la filiación de niños nacidos por medio de las denominadas técnicas de reproducción asistida debido a la situación actual en la que nos encontramos, el mundo hoy está experimentando un avance significativo en el aspecto científico, así es como La tecnología ha revolucionado enormemente en el campo de la medicina, y puedes ver hechos que antes eran imposibles de comprender, tomando como ejemplo a las mujeres que no pueden engendrar por una variedad de razones, frustrando su deseo de ser madre y cuidar a sus hijos. Ahora este impasse ha sido superado. ¿Por qué los avances tecnológicos científicos se ven en las técnicas de reproducción asistida a través de la inseminación artificial, la donación de óvulos y el popular vientre alquilado o maternidad subrogada?

Dadas estas nuevas cifras presentadas en el mundo global, la ley no se puede dejar atrás y, por lo tanto, surge la necesidad de regular estas diversas cifras para que los derechos de las personas no sean violados o ignorados. Por lo tanto, una rama de la ley nació en el mundo académico en respuesta a las preguntas planteadas por la bioética, la bio-ley. Por el momento, ha adquirido un auge significativo desde que comenzó como una rama del derecho, y hoy algunos doctrinarios lo consideran una ciencia adicional, ya que se utiliza un lenguaje interdisciplinario.

1. Realidad Problemática

El problema en el que se centra esta investigación es lo que se ha denominado reconocimiento de la filiación de niños nacidos por medio de las denominadas técnicas de reproducción asistida debido a la situación actual en la que nos encontramos, el mundo hoy está experimentando un avance significativo en el aspecto científico, así es como La tecnología ha revolucionado enormemente en el campo de la medicina, y puedes ver hechos que antes eran imposibles de comprender, tomando como ejemplo a las mujeres que no pueden engendrar por una variedad de razones, frustrando su deseo de ser madre y cuidar a sus hijos. Ahora este impasse ha sido superado. ¿Por qué los avances tecnológicos científicos se ven en las técnicas de reproducción asistida a través de la inseminación artificial, la donación de óvulos y el popular vientre alquilado o maternidad subrogada?

Dadas estas nuevas cifras presentadas en el mundo global, la ley no se puede dejar atrás y, por lo tanto, surge la necesidad de regular estas diversas cifras para que los derechos de las personas no sean violados o ignorados. Por lo tanto, una rama de la ley nació en el mundo académico en respuesta a las preguntas planteadas por la bioética, la bio-ley. Por el momento, ha adquirido un auge significativo desde que comenzó como una rama del derecho, y hoy algunos doctrinarios lo consideran una ciencia adicional, ya que se utiliza un lenguaje interdisciplinario.

A lo largo de la investigación y en análisis al derecho comparado se apreció que muchos países de Europa han prohibido el uso de las técnicas de sustitución, países conocimos como España, Alemania, Italia al igual que Suiza y entre otros países, por otro lado, es importante mencionar que en revisión a la normatividad extranjera está presente la Ley N°14-2006 en la que impiden someterse a la maternidad subrogada, posteriormente en el año 2010 se ordenó el supuesto de inscripción en el registro civil nacional en relación a la filiación, que nace de la gestación subrogada (Beorlegui, 2014, p. 5).

En merito a las legislaciones comparadas, donde se encuentran involucrados un sin números de países son países que ya regulan las figuras de TRHA, con algunas restricciones o leyes a gran cabalidad caso que no sucede con nuestro marco Normativo Peruano, aun no existe una ley que se enfoque o que regule de forma favorable ni mucho menos desfavorable a las TRHA, como resultado puedo analizar que nos encontraríamos ante un conflicto legal teniendo la presencia de un vacío y afectación de los derechos de las personas que desean formar una familia.

1.1. Nivel Internacional

En Tabasco (2016), el congreso de México aprobó la reforma del código civil local, el reconocimiento de los niños nacidos a través de procedimientos asistidos, sin embargo, contiene algunas disposiciones consideradas por muchos discriminatorios, como que pueden acceder a estos acuerdos mexicanos. Los ciudadanos, que excluyen a los extranjeros que residen en el país de la misma manera, las personas solteras y las familias del mismo sexo no pueden beneficiarse de este contrato, ya que el contrato debe ser firmado por el padre y la madre contratante.

Asimismo, Argentina fue el primer país latinoamericano en proporcionar este servicio, sin embargo, se pronunciaron diferentes tribunales en ese país en función de aspectos relacionados con la atención médica presentada, algunos a favor y en contra, la primera posición mencionada se centró en la medida de que estas técnicas, se consideraron como un derecho a la salud abarcaría una serie de procedimientos en los que no todas las personas tienen los medios económicos para resolver el tratamiento de esterilidad porque esto está excluido para aquellos que no tienen los recursos financieros para cubrirlo. Los procedimientos en el sitio qué discriminación por motivos socioeconómicos ocurriría.

En Uruguay, sus regulaciones establecen que el estado debe garantizar que las TRHA se incluyan en los beneficios del sistema nacional integrado de

salud. Por otro lado, Colombia no puede considerarse un país que ha estado practicando TRHA desde 1985, sin estar completamente regulado en sus reglamentos, por otro lado, los tribunales que han decidido, pero no inevitablemente, autorizar el acceso a la FIV basado en el fallo de la corte constitucional colombiana en 2015; T-274/15.

En el país vecino de Brasil, no hay normatividad sustantiva con respecto a las prácticas entorno a la reproducción asistida. En esta materia solo había una resolución N° 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, pero este no tiene sanciones sin que tenga que relacionarse con el ámbito mercantil.

En el país de Canadá la subrogación es legal. En el 2004 es aprobada la Ley de Reproducción Humana Asistida, no impide la práctica de la subrogación salvo que se planee obtener beneficios económicos a cambio de esto; aunado a ello, es ineludible mencionar que la madre sustituta es la mujer, que a través de genes de donantes lleva un embrión o feto en su vientre.

En el caso de los Estados Unidos de América la legislación es variada de un estado a otro, pasan de la prohibición total a otras más permisivos.

En el Estado de Florida, antes de llevar a cabo el proceso de gestación subrogada, se debe realizar un contrato vinculante y ejecutable de subrogación gestacional entre la pareja solicitante y el sustituto gestacional, con todo esto ello lo que pretende es que se garantice plenamente la legalidad en el contrato; puesto que, como ya habido casos de arrepentimiento por parte de la madre biológica, se prevé ahora por seguridad jurídica.

1.2. Nivel Nacional

En Perú, el tema de las técnicas de reproducción asistida aún no tiene un sistema legal para regularlas frente a un gran vacío legal, por lo que enfrentamos la necesidad de estandarizar estos tratamientos, pero al revisar la legislación puedo apreciar la incongruencia que existe en varias leyes, en las cuales detallaré con precisión:

El artículo 7 de la Ley General de Salud No. 26842 precisa de una manera interpretativa que toda persona que vea frustradas sus expectativas para procrear, puede recibir ayuda de medio o instrumentos tecnológicos, para poder formar una familia, siempre y cuando se reúnen dos condiciones, que, la condición de madre genética y madre embarazada se presenten en la misma madre; siendo que para el uso de estas técnicas asistidas es esencial el consentimiento de las personas que participen en el mismo. El artículo en mención precisa que se prohíbe de manera rotunda que la fertilización de los óvulos sea utilizada para fines distintos que los de la procreación.

Esta ley mencionada acepta algunas de estas técnicas asistidas para poder reproducir en las que limita la condición de la madre genética y una mujer embarazada a la misma persona, por lo tanto, interpretada en la dirección opuesta, prohíbe la subrogación del vientre o también llamada subrogación. En la ley de propiedad industrial establece que:

El artículo 28 (D), las invenciones sobre los sujetos que conforman el cuerpo humano y por encima de su identidad genética no será patentables.

El código de niño y adolescente establece lo siguiente:

El artículo 1 precisa que todos los menores tienen el derecho nato a la vida, siendo esta salvaguardada por el derecho desde su concepción, por lo que la vida del concebido es garantizada, y también protegiéndolos de manipulaciones o experimentos genéticos contrarios a su integridad y su desarrollo físico y mental.

En las siguientes leyes, se puede ver que carecemos de una regulación que regule el avance de la genética y que cubra las necesidades de la sociedad, que las familias esperanzadas se convertirán en padres algún día, como puede ver, hay algunos artículos sobre el tema en investigación, pero estos son insuficientes para proporcionar protección legal para el sujeto de la ley. Por eso, en este sentido, es muy importante contar con una legislación que proteja los avances en tecnología genética para beneficiar a los humanos. Por lo tanto, es importante resaltar que esta investigación busca unificar una base legal especializada contra este problema legal relacionado con las técnicas de reproducción y se debida aplicación y regulación, ya que en nuestro país existen vacíos legales, como es conocido por el periódico comercial se propagó el 8 de septiembre de 2018, donde nos muestra una cruda realidad que existe sin regular nuestras regulaciones injustas.

Es de destacar que existen jurisprudencias como la casación No. 5003-2007- Lima y la casación de sentencia No. 563-2011-Lima, que son contratos de alquiler de barriga que, debido a que no existe una regulación, conducen a conflictos de interés de naturaleza pecuniaria.

En el Expediente 183515-2006-00113, Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima; estipula es sus considerandos que la legislación expresamente no prohíbe; bajo lo previsto en el artículo 2 inciso 24 de la constitución nacional nadie debe cumplir lo que la ley no manda ni que no prohíbe, bajo esas luces la conducta se considera lícita.

En menester mencionar que con el avance de la tecnología, se han creado nuevas formas de maternidad, por lo mismo se considera que la normatividad debe actualizarse a las nuevas realidades para que esta se visibilice y no existan problemas con respecto a vacíos legales, pero dejar claro que los nuevos problemas de la sociedad representan las diferentes matices que debe tomar la norma sustantiva y de esta manera se creen nuevas matices cuya regulación y la solución legal resulte mas armoniosa

las relaciones humanas, pero que a criterio del juez debe darse como un acto altruista, amoroso y de bondad.

1.3. Nivel Local

Según un informe publicado en el portal web de Radio Programas del Perú, el 17 de mayo del 2017, en la región de Lambayeque unas 700 mujeres estaban buscando ser madres, usando para ello las técnicas de reproducción asistida; esto debido a que la tasa de infertilidad en las parejas es de un 15%, lo cual aumentará a 30% en un promedio de diez años. En tal sentido muchas de estas mujeres pueden tener problemas legales debido a que este tipo de técnicas de procreación aún no se encuentran reguladas, por lo que en eventuales problemas se verán totalmente desamparadas por la justicia.

Precisa el informe además que este aumento se produce a que en la sociedad actual las mujeres desean antes de formar una familia realizarse profesionalmente, siendo que cuando quieren tener hijos se dan con la sorpresa de no poder. En tal sentido los 27 hasta los 32 años, ya que desde los 33 años los ovarios empiezan a envejecer, y si se llega a los 40 años ya casi el 90% de los óvulos están malogrados, mientras que en los hombres sucede el proceso de infertilidad a partir de los cuarenta años.

Según el Informe de Investigación realizado por el Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria (2018), nos muestra mediante cuadros estadísticos sobre los casos de infertilidad femenina en la región Lambayeque en el año 2009 61 casos, en el año 2010 46 casos, y ya en el año 2013 sube a 135 los casos de infertilidad; para los varones la cifra tampoco es alentadora ya que a finales del 2013 la cifra asciende a 135; entre las causas directas más frecuentes son para el caso de las mujeres: disfunción ovulatoria (imposibilidad de liberar un ovulo sano), y el caso más frecuentes en varones el funcionamiento anormal del esperma (relacionado con movilidad y potencia), es así que poder percibir que los

casos frecuentes que nos muestran es un indicador preponderante para que muchas personas concurren a los métodos de reproducción asistida; sin embargo, en este país se encuentran vacíos con respecto a este tema, y se necesita de manera urgente llenar las lagunas jurídicas, sobretodo porque de por medio hay niños, que necesitan ese respaldo jurídico y protección que garantice la formación de su identidad.

Asimismo, cabe mencionar de manera adicional, que la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el expediente de casación 4323-2010-LIMA reconoce que las Técnicas de Reproducción Asistida son métodos supletorios para la procreación, más no alternativos, pues buscan superar una deficiencia biosíquica que impide a la pareja tener descendencia cuando otros métodos han fracasado.

2. Antecedentes de Estudio

2.1. Internacionales

Actualmente hay pocos proyectos de investigación relacionados con el problema de estudiar este trabajo académico; A nivel internacional, se encontraron investigaciones científicas centradas en la subrogación, la primera como reemplazo del embarazo en el sistema español como un problema; La misma tesis llamada "La determinación de la Membresía de Gestión de Sustitución, principios éticos, propiedad jurídica y doctrina Legal" presentada por Vila (2016), en el cual, en resumen, se refiere a el establecimiento de un embarazo sustituto es un contrato, ya sea costoso o gratuito, por el cual la mujer consiente en realizar el embarazo a través de técnicas de reproducción asistida, ya sea que contribuya al proporcionar su óvulo, con el compromiso de dar a luz a los constituyentes. , que puede ser una persona o una pareja, casada o no, que a su vez pueden contribuir o no con sus gametos.

Del mismo modo, tenemos la tesis titulada "Gestación por sustitución en el derecho internacional privado" presentada por Di Pietro y Trucchi (2016),

cual tuvo como objetivo la figura jurídica de gestación por sustitución, lo que en nuestra doctrina reconocemos como reproducción asistida, en la misma que indica la necesidad de legislación sustantiva en esta materia en el ordenamiento jurídico argentino, aunado a ello se refiere al reconocimiento de los contratos de gestación celebrados en el extranjero, entorno a este trabajo de investigación se muestra la importancia del reconocimiento de esta figura ya que los futuros seres humanos a nacer deben conocer su origen biológico.

Sin embargo, en la Universidad Católica de Colombia, Villareal (2016) realizó un trabajo de investigación titulado: Subrogación, basado en la legislación de Colombia, España y los Estados Unidos, en el que compara las leyes de diferentes países haciendo una comparación; el trabajo concluye afirmando que las normas jurídicas deben avanzar al mismo paso de la ciencia; de lo contrario nos veremos en una situación donde la legislación regulará temas obsoletos y no se ajustará a la realidad científica y a los avances que surjan, es decir, se afirma que Colombia es un país donde no existe un sistema legal que prohíba dichos acuerdos porque establece constitucionalmente que "los niños se han casado o no, adoptado o que ha sido criado de una manera natural o por el uso de ayuda científica, debe tener los mismos derechos y deberes que sus semejantes,

2.2. Nacionales

Carredo (2015). En su trabajo de investigación denominado, "La fertilización in vitro y el debate sobre el estado de los recién nacidos. El objetivo principal es: construir un aporte al debate jurídico de las técnicas de reproducción asistida y, en especial, al de la fertilización in vitro, así pues, considero necesario partir de un análisis bioético encuadrado en un mínimo ético consensuado: los derechos fundamentales; como conclusión tenemos que: la bioética es una disciplina que reflexiona sobre el uso de los avances científicos en la vida de las personas desde una perspectiva interdisciplinaria. Dado que sus objetos de estudio son generalmente cuestiones polémicas, de fuerte carga moral, el análisis bioético debe

responder a una ética de mínimos compatible con el estado constitucional. Por ello afianza criterios jurídicos y biológicos es de importancia para las diferentes normas jurídicas.

Por otro lado, la tesis titulada Del mismo modo, tenemos la tesis titulada “jurídica peruana y legislación comparada sobre la gestación por sustitución” presentada por Guevara (2018); en la que se buscó estudiar y analizar la legislación de diferentes países que regulen de manera prohibitiva, permisiva u omitiva la gestación por sustitución, en la que se concluyó que la la legislación compara con la normatividad peruana, la nuestra se torna en omisiva, pues no existe regulación expresa para que la admita, ni para omitirla.

Observando la situación en la que nos encontramos, podemos ver que, en realidad, hay muchas familias que se someten a este tipo de técnicas, debido a problema de infertilidad o esterilidad que presenten .

3. Abordaje Teórico

3.1. Noción Jurídica de la Filiación

Como menciona Planiol (1984), asevera que, en sentido lato, afiliación puede representar descendencia en línea recta; pero en el sentido legal es más concreto su significado, similar a una relación padre-hijo inmediato. Por lo tanto, la relación se llama crianza de los hijos, dependiendo de si se toma en cuenta el lado de la madre o el padre; por lo tanto, el parentesco se puede conceptualizar como la relación entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra.

3.2. Las nuevas técnicas de reproducción asistida

Desde esa perspectiva, aquel concepto principal que se ha venido siguiendo, es el tema correcto en la medida de lo posible, debido a que la maternidad en general solo debe ser señalada a un parto acreditado correctamente. Siendo ello, así como lo detalla el reconocido autor

Solavagione (2014), el parto termina es decir llega a su fin cuando, en el transcurso en el que se consigue la fertilización del ovulo, lo cual se debe llevar a cabo de una manera correcta y sin interrupción, por lo que existe una cierta presunción tacita, en cuanto que la ley reconoce que las madres dan a luz al hijo que han concebido con su huevo ovular (p. 154).

En tal sentido como lo detalla el autor Kransnow (2017), las nuevas técnicas de reproducción a través asistencia han cambiado estos principios, con la posibilidad de que la mujer gestacional del niño, no sea en si la madre genética del menor, a causa que el resultado de lo que la madre gestacional lleva en el útero es el resultado del geminal del esposo, con la célula geminal de otra mujer, o en caso contrario alberga en su interior un ser que ha sido concebido con gametos de terceros.

Por lo que la determinación de la maternidad es un tema bastante complejo, más aún cuando se relaciona a prácticas de subrogación conexas con la transferencia de gametos, como:

a) Ovocesión

Generalmente se conoce por el término de ovo donación, a este proceso, que se efectúa a causa de que la mujer elegida tiene una deficiencia ovárica, es decir, no forma óvulos, pero, estos pueden desarrollarse de una manera debida, que solo requiere que esta lleve sus óvulos, aquí estamos refiriéndonos de un tipo maternidad parcial.

Un asunto de trigeneración humana sucede cuando se cumplen las siguientes condiciones:

- a) Esperma de la pareja o esposo.
- b) el huevo de un transferidor.
- c) Gestación del huevo hembra asignado.

La madre que procrea no es lo mismo que la mujer embarazada.

En Perú, a través de la Casación N°. 4323-2010-LIMA, se instauró que el Artículo 7 de la Ley General de Salud no impide la ovodonación, no incurre en un procedimiento ilegal, sino un tema de vacío jurisprudencial y normativo.

En ese sentido tal apelación, fue pronunciada por la Sexta Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Lima, la misma que de manera puntual desestimó el pedido de nulidad del acto y reformulando la misma preciso que la misma deviene en fundada, esto debido a que consideró que la ovodonación perpetrada, esto partiendo el mérito de los documentos denominados como alianzas para la efectiva concretización de las técnicas de reproducción asistida y la correspondiente autorización depara realizar la fertilización in vitro y la posterior transferencia de los embriones, es un procedimiento que refuta lo estipulado en el articulado séptimo de la Ley General de Salud , pero la Suprema sustentó que el procedimiento de ovodonación es uno que no se encuentra adecuadamente regulado, la práctica que del mismo se efectúe no es ilegal, esto bajo en el parámetro legal de “lo que no está prohibido, está permitido”

En una anterior decisión, en la casación N°. 5003-2007-LIMA, el mismo tribunal tuvo la oportunidad de referirse sobre la supuesta prohibición de la ovodonación, que no lo hizo.

Aunado a ello, la casación N°. 563-2011-LIMA, se resuelve un caso de subrogación en el que una pareja que acudió a estos métodos asistidos y después paso por un proceso de adopción para regularizar la situación filial, señalando que, partiendo de los mejores intereses de la niña, e incluso sería más viable para ellos, los denunciantes y los recurrentes, debido a que su objetivo de ser padres, contrario a la pareja acusada que jamás tuvo la intención de ser padre, solo adquiere una ventaja económica (Mosquera, 2012, p. 22 y ss.).

La mujer ni puede, ni genera huevos. De igual manera, hay deficiencia de útero y ovario, así que se investigue una mujer que cumpla con estos requisitos, acceda ser fertilizada y concluya el proceso de embarazo. Es un caso de maternidad completa.

Un caso de progenie humana completa ocurre cuando se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Esperma del esposo.
- b) inseminación en mujer distinta a la parturienta
- c) la mujer que procrea es la misma que la mujer embarazada.

b) Maternidad subrogada

Como resultado, en los dos casos antes mencionados, las denominadas prácticas o métodos asistidos de reproducción, son cada día más variadas y de mayor complejidad.

Como precisa el autor Seleme (2013), la figura de la madre es remplazada, revela en esencia un par de dificultades liminares:

- a) Aquellas disyuntiva o confusión existente en la correcta regulación de la filiación, con la regulación de la propia figura de la maternidad subrogada.
- b) Aquel resultado que no se manifestó de manera coherente aquellas razones que han llevado a la subrogación por las razones altruistas.

En la actualidad, es factible que un promedio de 5 mujeres, puedan ser madres, si participan de manera vaga en el proceso biosociolegal, que de una manera precisa es:

1. La denominada madre genética, o Gentry que es la que facilita el ovocito.

2. La Gestratix, es la madre que gesta.
3. La madre biogenética, que es la que lleva en su vientre al ser vivo y lucra por ello.
4. Madre buena, es aquella que adopta al menor.
5. La madre social, es quien planea de manera detallada el arribo de un hijo.

Es así que la problemática sobre la circunscripción de la maternidad frente al uso de técnicas de los métodos asistidos se forma cuando hay una división entre los que llevan a cabo el proceso de procreación, es decir, una problemática entre la madre gestacional, la madre y la madre social.

3.3. Uso de los métodos de la reproducción asistida

En la ley comparativa, casi por acuerdo general, se enuncia sobre esta figura al afirmar que la maternidad de la criatura es para la mujer que lo gesta, inclusive cuando se muestra que el óvulo fecundado de otra mujer ha sido implantado, lo que impide los contratos de subrogación.

Las leyes que profesan esta ideología se congregan en tres corrientes. Primero, formado por Alemania, Australia, Bélgica, Canadá, Bulgaria, Chile, Dinamarca, China, Egipto, España, Francia, Gran Bretaña, Países Bajos, Italia, Japón, Portugal, Quebec, Suecia, Suiza, Taiwán y En Turquía instauraron este número en cero, los prohibieron y algunos decidieron establecer sanciones penales por tales prácticas, como es la situación Alemania. En segundo término, formados por estados como EE. UU. Y Grecia, que le conceden a través de un convenio escrito entre las personas que quieren procrear aprobado por un tribunal competente que instituya afiliación. Tercero, compuesto por Ecuador, Brasil y El Salvador, no existe una estructura reguladora en estos países: la subrogación se lleva a cabo sin restricciones.

En la república Brasileña, este procedimiento es aprobado solo si se utiliza para este fin a integrantes del grupo familiar, en términos del autor Lobo (2012) en los apartados de la inseminación artificial que es homóloga, que sucede en Brasil, como en gran parte de los países, el uso del útero, solo está autorizado si se efectúa el mismo en un pariente cercano, o que exista un grado de afiliación (a esto se le denomina “subrogación”). De esta manera con esta norma ética que está centrada esencialmente en una conducta profesional de lo que consuman estos métodos, en la resolución N° 1358 de 1992 de Consejo Federal de la Medicina se admite el uso de manera transitoria de otro útero, cuando se cumplan estrictamente con todas las reglas, primero no se consiga ningún lucro y segundo la madre transferente debe ser pariente en el segundo con la mujer recetora. El enfoque que se señala en el derecho latinoamericano, es la misma que surgió en el propio derecho latinoamericano, como precisa el autor precitado anteriormente el caso de la denominada inseminación homóloga en Brasil, así como el uso de instrumentos de útero externos, sin vínculo parental entre los sujetos, hizo que varias de estas ganancias indebidas, poniendo en peligro la vida humana, la cual en algunos casos fue realizada para objetivos distintos a los de formar una familia. Es así, que la nombrada naturaleza ética que se centra en la conducta profesional de los profesionales de la medicina según la resolución del estado Federal, admite que este acto se lleve a cabo y se concrete solo si se da bajo los dos supuestos precitados, los mismos que son de un cumplimiento obligatorio.

En cuanto con la conmemoración de contratos de subrogación, algunos países los aceptan después de cumplir ciertos procedimientos y requisitos. En caso de conflicto originado de la inobservancia del contrato a causa de la negativa de la mujer embarazada a ceder al niño, los tribunales lo solucionaron empleando el denominado principio de prevalencia de los intereses del menor, donde, en algunos supuestos incitando el amparo de la madre principal en otros casos, determinaron la afiliación de los padres al examinar el derecho de visitar de la madre sustituta (maternidad compartida).

En Perú no existe prohibición, como se presumía al inicio, de la fertilización extracorpórea de óvulos de los donantes (ovodonación), el traspaso de los embriones extranjeros (embriones) y los servicios de subrogación en cuanto a la maternidad (maternidad portadora).

La limitación supuestamente se basó, básicamente, en dos principios:

- a. la maternidad está relacionada con la mujer que es la parturienta (art. 409 CC).
- b. aquella aptitud de madre genética debe estar inmersa con aquella aptitud de la madre biológica (Ley General de Salud, art. 7).

En ese sentido, a través de la Cas. N°. 4323-2010-LIMA, la Cámara Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica expresó que el Artículo 7 de la Ley General de Salud no impide la ovodonación, que no es un proceso ilegal, sino más bien un procedimiento normativo y jurisprudencia vacía.

Estas son solo limitaciones éticas en refutar instituciones legales como la afiliación, el parentesco, la ejecución de la ley reproductiva, pero, como actos médicos, carecen de sanción penal. En su correcto sentido, son actos no estipulados por la moral o la ley, pero, como no están plasmados en el derecho penal, no son ni falta ni delito, un delito nulla crime, nulla poena sine praevia lege. Lo ilegal ocurre cuando se simula suposición de parto, embarazo, alteración estado civil y de filiación, reconocimientos falsos (arts. 143 a 145 del Código Penal), propuestos a la trata de niños, tal como se reconoce y, como consecuencia, se procesa.

Debe tomarse en cuenta que la ley peruana, en específico la denominada Ley General de la Salud, no ha manifestado nada importante acerca de la madre sustituta, por lo mismo que cuando una mujer voluntariamente acepta ser inseminada con el material genético de un hombre diferente, para poder

engredar y dar a luz al bebé, debido que la maternidad genética, tiene una profunda relación con la maternidad biológica, la madre en tal sentido concibe y crea, por lo que restará solo a la rendición, desde este vista lo estipulado en la Ley General debe ser inaplicable, debido a que estas maternidades deben conservar plenamente el equilibrio. Lo ilícito se origina cuando se violenta el código civil en su articulado 409.

Muchas leyes, incluidas las modernas, como Argentina, consideran que la maternidad concierne a la mujer que está embarazada y da a luz, inclusive cuando se manifiesta que fue implantada con un óvulo fertilizado por otro, una tendencia reconocida en numerosos criterios judiciales en el mundo.

De hecho, el artículo 562 del Código Civil y Comercial argentino establece lo siguiente:

Los procreados y posteriormente nacidos con el uso de estas técnicas de reproducción asistida, son aquellos hijos de la que dio a luz y de aquel hombre o mujer que aportó con la entrega de sus huevos o también con la aportación del dinero para lograr el objetivo requerido, claro está, previo consentimiento.

En tal sentido, como detalla Werner (2010), vale expresar lo siguiente:

Un juez de Lomas de Zamora ha señalado como inconstitucional (30/12/2015) del artículo del código civil (562) que estipula “que los menores que se han engendrado, en un sustituto son hijos de quien ha dado a luz a estos” en ese sentido este manifestó no registra de manera debida la voluntad procreadora a través de aquel consentimiento informado.

Algunos países admiten el reemplazo de la maternidad y las referencias cuando se efectúa en mujeres relacionadas con la familia (es decir aquellos familiares directos, como las hermanas, cuñadas y madres) y no hay

ganancias implicadas. La tendencia se redirigió al aspecto afectivo, prevaleciendo el sentimiento de procreación (el deseo de la mujer de embarazarse de otro individuo).

Es así que, ante el conocimiento de la verdad biológica, que debe prevalecer, surge el principio de la voluntad de procreación, basado en el reconocimiento y desarrollo del principio del interés superior del niño.

Para Nap (2014), hay tres tipos de subrogación:

- (i) Donación de un ovocito, entrega de un huevo a un tercero.
- (ii) Subrogación, con el consentimiento del cónyuge, el esposo fertiliza el ovocito de una tercera esposa que detiene, administra y procrea un hijo a la pareja.
- (iii) siendo que aquel posicionamiento del útero (affito di venter) y por lo tanto el embrión in vitro son ingresado en el vientre de la madre sutituta, misma que no es genéticamente la madre, pero es de suma importancia en el proceso de procreación, siendo que la misma recibe por este servicio una compensación monetaria.

En tal sentido se considera que, la subrogación puede ocurrir en dos niveles:

a) Madre portadora

En este supuesto la mujer puede crear debidamente los óvulos, pero la mujer o lo óvulos estos tienen una insuficiencia que imposibilita que la madre pueda gestar, por lo que se busca a una mujer que este y posea en las capacidades para auxiliar en ese proceso biológico.

En ese sentido, es un tipo de préstamo que concede una maternidad de tipo parcial, partiendo de ello nos encontramos ante un supuesto de activación humana solo si concurren los siguientes requisitos:

- 1) Suministro de esperma del conviviente, pareja o esposo.

- 2) Contribución del óvulo de la esposa.
- 3) La madre embarazada es un tercio.

Los casos extremos son los de la maternidad de doble portador, tal como se presentó en 1997 en Italia, cuando se informó el embarazo de dos fetos de diferentes parejas en el útero de la misma mujer.

b) Embriocesión

Como se le denomina generalmente, donación de los embriones, en esta cuestión la problemática se centra en que la pareja tiene una infertilidad completa, es decir tanto la mujer, como el varón no pueden procrear; los problemas pueden ser diversa índole, como, por ejemplo, deficiencias uterinas, la mujer no puede crear huevos o el espermatozoides del hombre es infértil. En este sentido se buscará a un hombre que tenga espermatozoides fértiles y además a una mujer que pueda cooperar y finalizar con el proceso de gestación. En tal sentido es un caso especial de procreación, que produce un supuesto de multigeneración humana, en la medida que, concurren los siguientes presupuestos:

- 1) Tanto la mujer como el varón tienen problemas de infertilidad.
- 2) Los embriones proceden de una pareja de donantes que están listos para cooperar en el procedimiento.
- 3) es una tercera persona quien gesta el embrión, la madre productora en tal sentido puede ser la misma que la biológica.

Actualmente se está evaluando un proceso de soporte en el que los padres genéticos de dos menores solicitan protección de su identidad, es por ello, se registran en los certificados de nacimiento como padres de menores y, con eso, su reconocimiento. Aunque este supuesto no está reglamentado en nuestro sistema legal, creemos que la maternidad debe darse en base al principio de voluntad procreativa, que puede reconocerse sobre la base del consentimiento informado cuando se utilizan estos métodos asistidos para la reproducción.

3.4. El derecho personalísimo a la identidad y el paliativo discurso del interés superior del menor

El considerando 8 de la casación 2726-2012-DEL SANTA comienza exponiendo que, entre los atributos esenciales de la persona, el derecho a la identidad ocupa un lugar primario, tal como está estipulado en el artículo 2, párrafo 1, de la Constitución Política del Estado. La filosofía de la existencia, admitida solo por la filosofía, ha permitido resaltar, en los últimos tiempos, una manera sumamente importante del ser de la persona, lo mismo que por un interés existencial pretende protección legal. Se trata de la identidad del sujeto consigo mismo (Sessarego, 1990, p. 60). Es un nuevo derecho derivado de la jurisprudencia alemana e italiana, entendida como la prerrogativa que consiente al titular de una situación jurídica definitiva diferenciarse de las demás; Es el conjunto de situaciones que diferencia a un sujeto de la ley de otros.

En ese sentido, el derecho a la identidad debida debe ir mucho más allá de unos simples parámetros de conocer quién es el progenitor, sino conocer cuáles son sus orígenes, conocer la verdad y conocer su descendencia, siendo considerados estos como un conjuntos obligaciones y derechos, que en cualquier medida, se deben garantizar por cualquier medio.

González (1984) arguye que, en el ordenamiento jurídico nacional, el derecho a tener un conocimiento preciso del origen biológico de un ser, se basa y está reconocido en varias normas de carácter nacional e inclusive internacional, así como tratados ratificados por el Perú. Por lo que estos derechos son independientes de otros que estén relacionados de manera indirecta o directa con la filiación, tenemos por ejemplo conocer el apellido y nombre del padre, la pensión alimenticia y los derechos a la herencia, esto puede verse de una manera específica en los casos de uso de métodos para poder embarazar, por lo que uno puede declarar su derecho a conocer su origen biológico, pero no reclamar los que estén conectados con la filiación (p.76).

La identidad es un derecho que tiene soporte internacional. Esto no solo envuelve el alcance de lo que se conoce o se ve, es decir, la identidad en su concepto de nombre, seudónimo, dirección, apariencia física, entre otras. Pero también comprende un aspecto más retrospectivo, como lo sería el derecho intrínseco a la identidad biológica, que debe ser entendida como “el ámbito subjetivo de la persona a conocerse uno mismo, a poder diferenciar de otro las circunstancias físico sociales, por lo que estas circunstancias pueden surgir de la prueba de ADN” (Berriain, 2008, p. 261 y ss.).

Así, el décimo considerando expone que el más pequeño M.L.G.C. Nolberto Roca, están llevando a cabo un tratamiento para hija y padre, incluso ahora hacen vida familiar con la madre biológica. Es importante señalar que, de acuerdo con el informe psicológico brindado al niño, se expone que la menor se identifica de manera plena con su familia, e incluso precisa que contiene en esa dinámica al padre que vive con ella según es el caso, mostrando esta figura como un sujeto protector y además afectuoso, todo lo que se decreta con el estado constante de la familia de la menor con el Sr. Nolberto Roca.

Esto fue justo y necesario porque reconoció, además de la identidad genética, que la afiliación es parte también de la identidad de cada sujeto legítimo. Por otro lado, la Corte Suprema desarrolla innecesariamente el alcance del principio del interés superior del niño. El abuso y uso de este paliativo se ha vuelto repetitivo en Perú, hasta el extremo de observar que todas las resoluciones los mencionan.

En ese sentido, ¿es posible detallar cuál es el mejor interés del niño? Maldonado (2013) expresa que es todo y nada, ordinariamente su enfoque conceptual se ha conexas con las pautas generales establecidas en los Convenios nacionales e Convenios internacionales. El interés superior del niño, como también está estipulado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que prescribe esto. "En todas las decisiones relacionadas con los niños, ya sean instituciones privadas o públicas de

protección social, autoridades administrativas, tribunales u organismos legislativos, el interés superior del niño debe ser una consideración de suma importancia" (p. 163).

Este apartado no muestra ninguna explicación específica de cómo ejecutarla, ni establece ningún derecho específico, ni establece reglas precisas, debido a que establece un principio que ya es vago e impreciso. Por lo tanto, la norma legal del sistema de tutela de "interés superior" es tan extensa que difiere poco de la voluntad omnipotente y todopoderosa del juez, quien en el caso específico tiene total libertad para instaurar la norma legal individual navegando de manera arbitraria y cómoda, en el estanque de los imprudentes establecidos irresponsablemente por la legislatura.

Por lo mismo, tal criterio, al emplear ese principio, se convierte en incertidumbre legal y arbitrariedad; o, en bastantes casos, como en la presente Casación, sirve como paliativo para dar mayor "coherencia" a una aplicación e interpretación normativa ya válida, sin embargo, la doctrina alemana reflexiona todos los intentos de conceptualizar los intereses del menor como irreflexivos, en tal sentido la jurisprudencia Alemana no solo detalla las definiciones y precisiones de los que ese debe entender por interés superior del niño, pero además señala que este no es un concepto específico y por lo tanto no debe pretenderse buscar una definición. Siendo ellos así se puede deducir que la ciencia jurídica alemana se niega a dar un concepto exacto con respecto a este derecho, ya que el mismo debe ser considerado más como una aptitud. Los autores alemanes se acogen a los diferentes presupuestos en los que puede haber un conflicto entre su entorno y el niño para brindar una guía simple: por más legítimos que puedan ser estos intereses, debe prevalecer el interés del menor, el bien del niño teniendo en cuenta que cada niño en cada conflicto merece una solución diferente y específica; por lo mismo, no es viable averiguar conceptos abstractos y concretos, centrandose en cada caso particular. (Carbonell, 2013, p. 133)

Por otro lado, como menciona Mirabet (2007), la discreción puede reducirse estableciendo criterios objetivos mínimos que ayuden a su objetivación y guíen su ejecución; en ese sentido, podemos considerar al Reino Unido como una guía de lo mejor. Los intereses del niño establecidos en la Ley de menores de 1984 estipulan que el juez debe tener en cuenta: a) la opinión del niño; b) Sus necesidades físicas, emocionales, educativas; c) su edad, género y personalidad; d) Los males que ya has sufrido o que puedes sufrir; y e) la capacidad de cada padre para responder a sus necesidades (p. 17).

3.5. Constitucionalidad, control difuso, Poder judicial e inaplicación de los artículos 396 y 404 del Código Civil

Según Loewenstein (1979), la idea del estado de derecho está unida a la idea de la constitución como un conjunto de principios, valores y normas fundamentales superiores, que, mientras ejecuta de la fuerza normativa de la jerarquía más superior, debe prevalecer sobre cualquier tipo de acto jurídico o norma (p. 261). El resultado de esto es que esta idea también está relacionada con el poder de ciertos organismos especializados (Poder Judicial) para declarar o aplicar inconstitucionalidad aquellas reglas opuestas a la Constitución.

Por lo mismo, a través del control difuso, los jueces, para utilizar las normas legales en la solución de ciertas controversias, que son puestas a disposición de su competencia, por lo que poseen plenos poderes para poder perpetrar una interpretación de forma relacionada a la Constitución; es decir, el juez posee el poder y debe emplear una norma que no sea contraria a la Constitución para apoyar a la preservación de la supremacía de esta (Carias, 1959, p. 45). Sin embargo, en Perú, hay pocos casos en los que el poder judicial haya impuesto una norma legal inaplicable, lo que demuestra la renuencia de los jueces a ejercer esta atribución y sus vagos criterios sistemáticos en el sistema legal.

En este caso, por medio del control difuso, se establece el artículo 396 del Código Civil, que establece que "el hijo de una mujer casada no puede ser

reconocido hasta que el esposo la haya negado y haya obtenido una sentencia favorable", como Sr. Teodoro Guerrero, nunca cuestiono su paternidad; Por el contrario, enunció su deseo de no querer hacerlo.

Del mismo modo, el alcance del artículo 404, que establece que "si la madre estaba casada en el momento de la concepción, la acción solo podía admitirse si el esposo había respondido a su paternidad y había obtenido una sentencia favorable" estaba implícita. brindando contenido muy parecido al anterior. El control difuso que condujo a la no aplicación de ambos artículos tomó como fuente en el estado constante de la familia, en la relación socioafectiva del menor con la Sra. Eva Cárdenas y su esposo, ambos padres; y, como consecuencia, la realidad filiatoria y la identidad que construyó el entorno más pequeño para los dos.

Es ineludible detallar cómo el automóvil Varsi (2015) detalla que la propiedad estatal, reconocida la jurisprudencia y doctrina francesa como una prueba de fehaciente (prueba de silla y de sang) es, en cierto punto, una indicación tácita de aceptación del reconocimiento. (pág. 246).

En consecuencia, la Corte Suprema Federal ratificó la apelación mostrada por el Sr. Nolberto Roca también fundada y, actuando en sede de la corte, conformando de tal manera la Resolución que fue objeto de apelación, por el reconocimiento de la paternidad.

El comentario se fundamenta en el hecho de que un menor tiene un certificado de nacimiento que se da cuenta de que su padre es el esposo de su madre; sin embargo, no instauró la relación de afiliación paterna con este individuo. De hecho, al emplear la presunción de paternidad matrimonial, el niño tiene al padre legal como esposo de su mamá, aunque en más reales este no es el padre biológico. Y curiosamente, como una reunión, fue con el padre biológico con quien el menor generó su identidad y su realidad de filiar.

Por lo mismo, se conjetura que el estado familiar constante entre un hijo extramarital de sus padres biológicos y una mujer casada es ideal para confirmar su afiliación.

El hecho de que la flexibilidad de un padre es la mayor presunción que se ha planteado se fundamenta en la necesidad de una correspondencia entre la verdad biológica y la filiación. Este último principio no es absoluto ni prevalece sobre otros derechos protegidos por el ordenamiento jurídico. La presunción de paternidad sigue siendo útil y no constituye un ataque al principio de igualdad y no discriminación.

A pesar de los aspectos positivos de la casación, considero que, hasta determinado punto, el derecho a la identidad del menor finaliza siendo afectado, porque en el proceso no hay ejemplificación a la nueva composición de sus apellidos; debiendo entenderse, incluso el más joven debería conducir al comienzo de un proceso de cambio del apellido, el nombre del Sr. Teodoro Guerrero, una persona con la que ya no tendrá vínculos (en términos biológicos y de relaciones familiares).

Casos tan delicados como los conexados con las expresiones del derecho a la identidad solicitan un enfoque interdisciplinario, recreando la interpretación de normas que, en la mayor parte de los casos, no pretendían regular circunstancias como los actuales desarrollos sociales o tecnológicos que nos imponen. La identidad de tener una connotación objetiva se forma por poco, se compone a partir de las identificaciones que instauramos desde los primeros momentos de la vida; que, debido a circunstancias intrínsecas o extrínsecas, terminamos dándoles un efecto simbólico. (Siveriano, 2010, p. 42)

¿Puede un padre biológico y su cónyuge pedir el reconocimiento de su hijo?, ¿qué acción es la recomendable a seguir para el reconocimiento?

Los padres biológicos de Lorena y Humberto de la pequeña Marisol criaron a la menor a través del método de reproducción asistida en el útero de la tía del padre del menor, se entregó al recién nacido a los padres de Humberto, en consecuencia ellos la registraron como su hija y por supuesto criaron, alimentaron y educaron por el tiempo de diez años; al pasar de los años Humberto se compromete con Rosa se casan y han decidido reconocer a la pequeña Marisol, a razón de ello se preguntan qué proceso se iniciaría para reconocer a Marisol como hija y con ello adquirir todos los derechos que le corresponden, cuáles son las pruebas pertinentes que deben de acreditar los solicitantes.

En ese sentido, dentro del abanico de leyes que ofrece la legislación peruana la pertinente para la solución del caso se encuentra en el Código de los Niños y Adolescentes en el art. IX Título Preliminar y el art. 128.

En el caso que nos interesa analizar, se observa que los padres biológicos les entregaron a sus abuelos paternos a su menor hija para que la reconozcan y se registre como hija; hoy en día y después de muchos años, el padre biológico contrae matrimonio y con la que es ahora su cónyuge quieren adoptar a la hija biológica de una de ellos.

La manera legal de acreditar que la niña es la hija biológica de Humberto es someterse a una prueba de ADN, que certifique que hay un lazo de padre e hija biológicamente; pero, los padres en el ámbito legal, tal y como se puede verificar a su partida de nacimiento y demás documentos son los abuelos de la niña.

Por otro lado, el padre biológico desea reconocer a su hija, para que legalmente adquiera deberes de padre, asimismo, la cónyuge que lógicamente no tiene ninguna relación de sangre con la menor pasaría a ser madre de la menor, para ellos se debe constatar que el niño se encuentre en estado de abandono, lo que no es posible alegar puesto que, los abuelos la reconocieron como su hija.

Otro punto importante es que la niña en la actualidad tiene diez años de edad y se su entorno, su modo de vivir y de desarrollarse como persona está al lado de sus padres legales y que biológicamente son sus abuelos, además de ello ignora su origen; y al enterarse tendría que tomarse en cuenta la opinión del menor, puesto que, su entorno cambiara radicalmente y esto podría afectar su estado emocional.

Ahora en el contexto que se está este caso, el padre podría presentar una acción de adopción, esta acción permitiría el reconocimiento de la menor como niña biológica; pero el caso no solo se desarrolla en el padre biológico sino también en la cónyuge del padre biológico de la menor, quien también tiene interés de realizar un hogar y ser la madre de la menor.

De los hechos antes expuestos se concluye que el padre biológico de la niña tendría los elementos necesarios para que pueda proceder a realizar la solicitud pidiendo la adopción de la menor, sin embargo, para el caso de su cónyuge por sí sola no es factible solicitar la adopción de la menor, pues la situación de la menor, si fuera el caso que los padres no conviven tampoco se podría realizar la adopción tal y como se establece en el apartado legal del art. 128 del Código del Niño y el Adolescente.

Lo que nos quiere dar a entender este proceso para el caso de la adopción, como principio se considera la protección del menor, es decir, se busca el bienestar del niño, es lógico que de acuerdo al caso los criterios van a variadas, sin lugar a duda sin escaparse de las disposiciones que se establecen en el Código del Niño y Adolescente, la misma que contiene el principio del interés superior del niño.

3.6. Derecho a la verdad Biológica de los niños (críticas y comentarios a la casación N°2245-2014)

Con la llegada de las pruebas de ADN que a su vez tiene un elevado grado de certeza sobre el vínculo de sangre de las personas que se somete a este

procedimiento, se ha considerado replantear obligatoriamente los principios, articulados y también instituciones de diversas ramas del derecho, especialmente la del derecho de familia.

Actualmente esta prueba da como resultado en la mayoría de caso una probabilidad del 99% muy cercana al 100% sobre la relación de filiación que someten dos personas, con este acontecimiento nace el derecho a la verdad biológica el cual adquiere en la actualidad un lugar importante entre derechos y principios. Cuando en un pedido de adopción se incluye este derecho como fundamento legal para ganar el proceso, resulta que los solicitantes se olvidan del lado afectivo-emocional que el menor indudablemente ha creado con los padres legales, lo cierto es que en el menor genera una enorme confusión e inestabilidad emocional.

Sin embargo, la situación hoy en día está variando y los jueces peruanos fallan tomando nuevos sentidos, lo que, lamentablemente, no significa que se esté llevando a cabo una buena defensa a los derechos de los niños y adolescentes respecto al goce del derecho de la verdad biológica, sin dejar de lado los demás derechos, el objetivo es la protección integral del menor.

3.7. Antecedentes de la Casación

El actor realiza un reclamo de negación de paternidad en contra su ex pareja, de modo que el certificado de nacimiento de la D.C.R. por no ser el papá biológico. Apoya su confesión por los subsiguientes fundamentos: “a) interpuso la demanda en la ciudad de Moyobamba en 2004, con tres meses de maternidad; subsiguientemente, dentro del etapa más corta la menor con iniciales D.C.R. nació, y la madre le dijo al acusado que el padre biológico del menor era A.L., con el que mantuvo relaciones coitales.

El demandante indica que la demandada durante un largo tiempo ha mantenido un comportamiento inadecuado e intolerante, al momento que nace el menor, de forma muy insistente quiso asentar la partida en el municipio de Moyobamba y accedió a su pedido. Después, en 2005, la

relación terminó pues no había compatibilidad; luego, la demandada interpuso una demanda de alimentos, para luego pasar a juzgado penalmente por el delito de omisión a la asistencia familiar.

3.8. La Doctrina de la Protección integral

En el año 1978, el Estado polaco realizó una iniciativa para planificar la Convención sobre los derechos del niño la misma que se presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la finalidad de que si se aprobara esta coincidiera en fecha con la celebración del Año Internacional del Niño en el año 1979; pero, no se tomó en cuenta que en materia legal estaba naciendo la doctrina “protección integral”, esta doctrina otorgaba una diferente y nueva perspectiva a los derechos de los niños y adolescentes, ante ello los estudiosos jurídicos se sentían obligados de replantear bastantes de las ideas que se tomaron a costa de la influencia de la doctrina de “situación irregular”.

Este contexto de disputa y altercado entre las nuevas y viejas opiniones de lo que debe concebirse como el derecho de los niños y adolescentes trajo no solo un 1 año sino 10 años para llegar a la producción y subsiguiente conformidad de la convención en 1989.

En consecuencia, el Comité de los Derechos del Niño ha emprendido a trabajar duro para comenzar, inspeccionar y certificar el acatamiento exacto de las disposiciones de la Convención no realizar las prácticas de la llamada “situación irregular”, fortaleciendo la idea de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos a derechos, ante ello se deduce “y, por lo tanto, no solo poseen derechos, sino que de la misma consiguen ejercerlos por su cuenta, en la medida de su progreso y destrezas obtenidas en concordancia con su “autonomía progresiva”.

Asimismo, a partir de la doctrina de la defensa integral, además se presume que no es adecuado fundar un grupo que no sea niños y adolescentes y llamarlos "menores", puesto que, estos estén en una situación irregular;

tampoco es viable que los llamados "menores" empleen iguales medidas sin diferenciarlos de otras "situaciones irregulares" como las que están en controversias con el derecho penal, el abandono o la discapacidad.

En ese sentido, la doctrina del amparo integral plantea que la verdad es que las normas se brinden a favor de los niños y adolescentes, son para todos ellos, sin discriminarlos por las llamadas "situaciones irregulares"; de igual manera, estas disposiciones se deben plasmar diferentes soluciones para solucionar inconvenientes que deban garantizar y salvaguardar la integridad biopsicosocial de absolutamente todos los niños sin distinción.

Por ello, la doctrina del amparo integral pretende prohibir las prácticas de bienestar del estado de los regímenes legales para tratar las dificultades de los llamados menores que están inmersos en escenarios de riesgo, implantadas por sus discapacidades materiales o morales y acoger una reglamentación lo antes posible en nombre de todos los niños y adolescentes y distinguiendo diversas respuestas para solucionar las dificultades o riesgos que se enfrentan.

Con esta nueva figura, la idea de que los niños y adolescentes deben considerarse solo menores de edad, incapaces y sin autonomía, de otra manera, se ve forzoso a asumir que ante nosotros tenemos individuos que plenamente disfrutan de sus derechos, para ser seres humanos respetados, que tienen un acumulado potencial y recursos, competentes de adjudicarse la responsabilidad, decidir y dar su propia opinión, todo ello va de la mano con su "autonomía progresiva", que no es posible de ninguna manera justificar la limitación de sus intereses, derechos.

A partir de este punto de vista, tal y como lo indica el reconocido escritor Beloff (2002) cuando en la Convención sobre los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, se estableció por la doctrina a la defensa integral de sus derechos, entonces establecer que los niños son sujetos de derecho, quiere decir que:

Los niños y adolescentes sean cual sea su contexto en cualesquiera los niveles gozan de los mismos derechos que los demás, e igualmente de los derechos reconocidos como "adicionales", que les conciernen intrínsecamente por el hecho natural de ser niños. Por lo que no se debe considerar como una persona incompleta o incapaz, sino como una persona que está en proceso de conocimiento, la que debe absorber todas las enseñanzas que sus tutores le brinden para que alcancen su plenitud.

Asimismo, Beloff menciona que se necesita características repetidas en las leyes en las que se efectuó la doctrina de la salvaguardia total, en línea con los compromisos que se han adquirido en los instrumentos legales del ámbito internacional.

- 1) Una vez que se han determinado de forma extensa los derechos que tiene un niño y se ha concretado que, si uno de estos derechos es amenazado o violentado, es una obligación de la familia, la sociedad y el estado restablecen el ejercicio pertinente de estos derechos, para lo cual se esgrimieran mecanismos convenientes y que sean eficaces, tanto a nivel administrativo como judicial, en las materias que pertenezca.
- 2) Es por ello que las categorías vagas e ilícitas de "peligro inminente", "riesgo físico o subjetivo", "contextos fundamentalmente dificultosos", "un argumento de carácter irregular", etc.
- 3) Queda establecido que, en cualquier contexto, los individuos que estén en una establecida situación irregular, en donde el derecho de un niño se encuentra en riesgo, se lo esté violentando o amenazando, cualquier individuo, institución, la sociedad o el estado deben vigilar por su amparo.
- 4) Todas las competencias de materia político sociales que traten sobre el desarrollo psicosocial de los menores, tienen que estar diferenciadas de las cuestiones de naturaleza penal, donde se deben tomar en cuenta los derechos y la tutela de los más

vulnerables, como un tema obligatoriamente estará inmerso en el conveniente desarrollo de las conductas político sociales.

- 5) El precepto “menor” se deja de lado, pues se toma como un sujeto incompleto y trae una naturaleza negativa, dando a notar que no cuenta, no tiene conocimiento o no es capaz, se debe tener en claro que es un sujeto pleno de derechos.
- 6) La necesaria defensa de todos aquellos derechos de los niños, se debe cumplir en correcta armonía con el acatamiento de las normas nacionales, internacionales y los convenios celebrados por el Estado.
- 7) En esa medida, esta modalidad de protecciones debe promover y reconocer la totalidad de los derechos, que no deben ser vulnerados, por lo que desde esta perspectiva esto no debe ser considerado como una intervención coercitiva.
- 8) No es adecuado considerar a los menores como individuos con discapacidad, o personas incompletas, muy por el contrario, son personas completas, que tienen como característica el estar en proceso de desarrollo.
- 9) Uno de los principales derechos que tiene el menor el ser escuchado, y con ello a tener conocimiento de toda la verdad, y como propio de su edad no se pueden cuidar solos, ellos tienen derecho a una protección integral.
- 10) En cuanto a la materia del derecho penal, los niños son reconocidos con la totalidad de las garantías necesarias frente a los adultos en los juicios penales, de conformidad con las constituciones nacionales y también internacionales oportunos, así como también garantías específicas. En relación con los adolescentes, debe ser juzgado por tribunales específicos, con un procedimiento específicos, y que la responsabilidad del adolescente por el acto se expresa en consecuencias legales que cuentan con absolutas y especiales de las que se aplican en el sistema para ciudadanos.
- 11) Se prevé un catálogo de medidas a consecuencia legal de la comisión juvenil de un delito, donde la última alternativa excepcional

y efímero es la privación de libertad. Estas medidas pueden ir desde advertencias y amonestaciones o incluso la pérdida de la libertad condicional o libertad condicional en una institución especializada, que deben dictarse por un período específico.

- 12) Así es que la emancipación de su libertad interna, será una medida de ultima ratio o de último caso, la misma que debe aplicarse en un tiempo corto y por ende en absolutamente todos los casos, como medida de protección ante la comisión de un delito.

3.9. El principio de interés superior del niño

Una de las más resaltantes y trascendentes referencias sobre este principio se encuentra establecido en el párrafo segundo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, indica lo siguiente:

El niño posee una protección de carácter especial y por ello obligatoriamente tiene que tener oportunidades y servicios para su bienestar y desarrollo, todo ello está previsto en la ley, códigos u otros dispositivos legales, con la única intención de que se asegure que el menor se desarrolle de forma adecuada ya sea en un ámbito físico agradable, emocional y mental, prevaleciendo la salud, la libertad y el vivir dignamente como persona humana. Es por eso al momento de promulgarse leyes siempre se debe tomar en cuenta estos derechos.

También tenemos a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que se logra observar en diferentes artículos, tal y como se establece en el art. 3 se prevé explícitamente que en absolutamente todas las medidas importantes o tengan que ver con los niños, niñas o adolescentes, obligatoriamente se velará indiscutiblemente por la protección de sus derechos, los mismos que no deben ser vulnerados ni violentados en ninguna ley, por ello este presupuesto se debe considerar prima facie bajo la prevalencia de lo que se acomode mejor para el menor.

A nivel de nuestro sistema legal, tenemos que el principio aludido e inmerso en el art. nueve de la ANC en cualquier medida referente a los niños y adolescentes apadrinada por el Estado a través de los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial (servicio del Ministerio Público), los gobiernos regionales o los gobiernos locales y otras instituciones, así como las gestiones de la comunidad, serán estimadas a la iniciación y primar el interés superior de los niños y adolescentes y el pleno respeto de sus derechos.

Por lo tanto, debemos saber lo significa el principio del interés superior del niño y también cómo debe llevarse a cabo su aplicación, para contrastar esta interrogación, debe ser necesario, conocer de lo que se trata, el interés superior del niño posee un carácter naturaleza indeterminada y, al mismo tiempo, citando a Alexy (2001) viene a ser un mandato de optimización; debemos considerarlo como una relación inherente al niño para que se puedan desarrollar los demás principios y derechos del niño.

Y si indubitablemente se ha cumplido en este contexto su disposición de mejorar la defensa de los derechos del niño en casos sumamente específicos, así es como este interés de los niños en la doctrina del contexto integral sirvió especialmente como justificación para la aplicación de medidas que protegen, las mismas que están proporcionadas por las autoridades a favor del menor en algunas situaciones que son irregulares; sin embargo, dentro de la doctrina de la defensa integral, donde predomina la idea de los niños y adolescentes como sujetos de la ley, este principio del interés superior del niño requerirá tal y como lo indica el autor Placido (2008) el reconocimiento del niño como sujeto pleno de los derechos que posiciona al infante y a los adolescentes, como ciudadanos dignos y no como objetos de menor jerarquía, brindando todo el apoyo el estado, la comunidad y la familia, , lo que hace viable reclamar a aquellos con creaciones vinculadas al estado de derecho para niños y adolescentes. Pero también cierto es que estos constantes cambios de paradigma no se establecen con inmediatez y les cuesta implementarlos, porque las autoridades no siempre están

acostumbradas a tratar a los niños y adolescentes como ciudadanos o simplemente se asume que sus decisiones aún se toman de manera seria.

Ante ello se debe entender que asumir y reconocer de manera explícita esta situación, esto incluso sabiendo las críticas que sobre ella pesan, atribuye que perennemente y en toda medida es el menor por quien se debe velar, por ello, este debe tener los derechos fundamentales plenos: a la vida, a saber, su verdadera identidad, es decir, quien es genéticamente su padre, quiénes conforman su árbol genealógico, cuál es su origen, de dónde proviene. Es por ello que el comité de los derechos del niño en su comentario general número 14 establece que el niño y su interés superior nunca se debe dejar de lado en ningún contexto, todo ello con el objetivo de poder constituir los parámetros de aplicación que se dan sobre determinadas normas, se forman todas estas bases para que el menor goce de absolutamente todos los derechos que posee desde su procreación.

En ese sentido, tal cual se ha asumido en líneas anteriores, está claro que el concepto del interés superior del infante es un concepto triple.

a) Como un derecho de carácter sustantivo:

Se considera como una condición que tiene carácter primario porque cuando se pone en la balanza derechos que van en contra del niño o niña, y después de analizar una ponderación de derechos, siempre se debe elegir a los que se acomodan mejor al niño, es decir, los que otorgan garantías importantes para este derecho se concrete y actualice en la realidad.

b) Un buen principio

Cuando un articulado legal consiente más de una interpretación, en todos los casos se debe preferir a la interpretación que se adecue y satisfaga de manera eficaz el principio del interés superior del niño, los derechos que se encuentran en la convención y sus protocolos prevén un esquema interpretativo.

c) Una regla de procedimiento

En el quehacer legal y al momento que las autoridades legales se encuentren resolviendo un caso, las decisiones que tomen serán en visión de la esfera de un menor, su entorno, así como también, pensar en el futuro y en el posible impacto que generaría en el niño. Ante ello absolutamente todas las decisiones se toman en beneficio de los menores.

d) Derecho a la identidad

Para referirnos a este derecho de trascendencia nos remitimos a lo que el Tribunal Constitucional ha establecido, se hizo mención a que una persona debe tener ciertos atributos de calidad especial, indicando que los mismos tienen un lugar de carácter especial, se encuentra establecido en el artículo segundo, párrafo segundo, que advierte sobre el derecho fundamental a la identidad, este se entiende como el derecho que tiene toda persona para ser reconocido por lo que es y cómo es; se entiende, por el derecho a que se individualiza a la persona y se la reconoce ya sea por su actitud, características físicas, mentales, raza, herencia genética, y todos las demás características que provengan de un desarrollo de la persona o subjetivo de la persona, por ejemplo, sus valores, su reputación, su profesión, su ideología.

Con respecto a lo antes mencionado, se tiene en consideración lo que ha dispuesto el estudioso Espinoza (2012), menciona que el derecho de identidad su origen es legal, el mismo que se protege la identificación plena de las personas sujetas de derecho, encontraremos atributos como: el nombre, datos de los padres de la persona, etc., asimismo, se tiene una proyección social, allí encontramos el conglomerado ideológico de la persona que experimenta en sus hogares. En conclusión, el derecho a la identidad incluye características físicas, biológicas, psicológicas propias de la

persona además ciertas actitudes y valores que vamos desarrollando en nuestras vidas.

e) El derecho a la verdad biológica

Un elemento transcendental del derecho a la identidad es el vínculo biológico, que nos admite instituir nuestros lazos familiares, así como los derechos y obligaciones que se desprenden de la relación paternal-filial, para que entendamos el derecho a la verdad biológica como algo de los que no se puede escapar, pues se trata de nuestra identidad filiatoria.

Asimismo, la certeza fundamental para determinar la verdad biológica, como es fácil de conjeturar, peor lo que resulta ser más eficaz y no da lugar a dudas es mediante una prueba de ADN pues se tiene un grado de certeza de más del 99% para implantar la relación padre-hijo. Por otro lado, como lo precisa González (s / f), el perfeccionamiento de la genética hace posible, entre otras cosas, determinar una afiliación de una forma casi indudable o casi imposible, así tenemos debido a los avances a pasos agigantados de la ciencia y sus implicaciones en el derecho de familia. Como resultado, tenemos que vamos a lograr conocer con certeza los antecedentes genéticos de una persona, lo que se vuelve muy importante .

3.10. Análisis de la casación desde la óptica de la doctrina de la protección integral del niño

Si bien es cierto se podría concluir expresamente que nuestro sistema, y por ello nuestro instrumentos legales como el Código para Niños y Adolescentes, tiene como base a la doctrina de la protección integral, lamentablemente esto no sucede en el nivel real, ya que es suficiente estudiar estas sentencias para darnos cuenta que casi siempre los intereses de los niños o adolescentes de los adultos con derechos de los niños estaban protegidos o solo con statu quo, independientemente de si terminan

causando un perjuicio a los derechos de aquellos que deben estar sujetos a nuestra completa defensa que al estudiar cada una de las oraciones expresadas, podemos constituir lo siguiente:

En cuanto a lo establecido por el magistrado de la corte de menos jerarquía, para expresar la demanda fundada, tenemos que explicar que la Ley N ° 27048, que intenta prevalecer la verdad biológica sobre la verdad meramente formal.

Arguye que el plazo determinado en el art. 400 del Código Civil puede extenderse tomando en cuenta la jerarquía del derecho constitucional y las herramientas internacionales, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, mientras que las leyes que vulneran la ley del niño conocen a sus padres deje de emplear las normas anteriores alcanzadas para este objetivo, por lo que es importante que se use el control difuso.

Asimismo, se debe indicar que sería un error presumir a priori que la Ley N ° 27048 y el art. seis del Código de Niñez y Adolescencia buscan prevalecer la verdad biológica por encima de la verdad formal, puesto que, muchas veces bajo el mandato de la verdad formal se han construido muchos casos de relaciones socio-afectivas entre el padre legal y el menor que, en cualquier otro caso, el derecho a la verdad es peligrosamente importante para exponer al niño al peligro a la misma vez que el pedido se declare fundado en un desafío de paternidad. Por ello, todo dependerá del caso determinado para fijar la mejor forma de perfeccionar el derecho a la verdad biológica, que prevé la doctrina de la protección integral del niño tomando en cuenta la correcta aplicación del art. 400 del código civil, el cual considera que el magistrado ejecuta un error nuevamente, porque solo puede entenderse por una disposición legal que aquellos que están habilitados para impugnar el reconocimiento serán el padre biológico o, en cualquier caso, el niño mismo. En consecuencia, como el actor reconoció al niño, estaría prohibido impugnar el acto de reconocimiento a este respecto por los fundamentos de la sala superior para revocar la apelación y declarar el

reclamo infundado, el caso nos muestra que tenemos lo siguiente si los apellidos son obtenidos por el reconocido por los medios de afiliación que genera su relación con una familia en específica, el sujeto que realiza el reconocimiento no debe y no puede, después de realizar el acto de reconocimiento, eliminar todos los derechos que nacen a favor del menor reconocido, porque no es el titular de aquellos derechos que no están disponibles, por lo contrario, se estaría afectando contra el principio de seguridad jurídica en materia de afiliación, además contra uno de los principios más trascendentes “el interés superior del niño”.

En tipos actuales una prueba de ADN puede determinar que no hay endogamia entre la persona de B.C.R. y se necesita que el reclamante, por lo mismo de su naturaleza irrevocable del reconocimiento, manifieste que realizó un error, que pensaba que el reconocido era realmente su hijo, muy por el contrario, es un sujeto que reconoció a una individuo a pesar de que sabía que no era su hijo, el acto de reconocerlo como tal sin fuerza alguna y voluntariamente luego retirarse de dicho acto, crea un clima de incertidumbre legal, el autor solo puede actuar para dejar el reconocimiento ineficaz al pretender derogarlo por error. El acto de reconocimiento fundarse en que es esencial para un sujeto tener a sus padres.

Con ello, consideramos que el Tribunal Superior es pertinente y correcto al indicar que el reconocimiento filial es irrevocable y, si se en algún momento se supone lo contrario, quebrantaría el principio de seguridad jurídica al determinarse la posibilidad de declararse la nulidad de un acto de reconocimiento cuando esté se encuentra viciado. En definitiva, a voluntad del declarante, la Cámara Suprema resuelve declarando la apelación infundada y, en consecuencia, agrega lo dicho por la sala superior que, tomando en cuenta la virtud de la teoría de los mismos actos que realizaron un reconocimiento de afiliación no entonces pueden anular su propio acto aparentando declararlo nulo y sin efecto el acto de reconocimiento alegando una adicción aceptada por él.

Lo dispuesto en la casación número 2245-2014 San Martín y el derecho a la verdad biológica que le asiste a toda persona

Es claro que el derecho que tiene toda persona a saber su verdad biológica y los derechos de las obligaciones que de ello se desprenden no culminan en adolescentes o niños, sino también está enfocado en la vida de sus padres, que vienen a ser las personas con más influencias en sus vidas, ya sean estos legales o biológicos. Ante ello, Hernán (2010) precisa de manera muy explícita que el principio a la verdad biológica de las personas, se ha obtenido a consecuencia de un estándar de carácter legal que beneficia siempre al niño que ha sido procreado, este derecho debe ser entendido como aquel que posee el niño como carácter especial y necesario de saber su verdadero origen, por ello al menor no se le debe privar del derecho de conocer a sus padres biológicos, aunque esté no haya participado en el proceso de su crianza, también puede parecer que con este procedimiento el menor se quede sin un padre legal, el interés y derecho de saber cuáles son sus verdaderos padres biológicos.

En ese sentido podemos llegar a la conclusión que el derecho a la verdad biológica, debe ser considerado como un elemento que debe favorecer a una organización para que haya un fortalecimiento en los lazos familiares que provengan de la afiliación de fondo, por ello, la ley supone que la verdad, es un derecho que se debe primar ante cualquier otro, ello no significa que se ofenda el menor por saber su antecedente biológico, existe una frase coloquial que dice “mejor es la verdad difícil, que la falsedad por siempre”.

En consecuencia, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿qué tan pertinente y que influencia tendría en un niño conocer que su padre legal no es su padre biológico?, es evidente que influye en el ámbito emocional, ya que se atraviesa un cambio; respecto a los casos, consideramos que los magistrados no han tomado en cuenta que en cuanto a los casos actuales aún no se ha resuelto el afirmar que el pedido del actor es fundado o no. Con la finalidad de respetar los derechos del niño, es evidente que su verdad

biológica, no solo se lograría conociendo quién es su padre, sino que yendo mucho más allá de esa posibilidad hoy en día también crece una realidad que aún no está del todo regulado en nuestro país, como es el vientre del alquiler.

En esa línea, es pertinente precisar lo que se establece en la duodécima base de la casación N°1622-2015 Arequipa, trata sobre el desafío de la paternidad, en cuanto a que la paternidad se declara ordenando todas las referencias que se involucren, asimismo, se debe tomar en cuenta las consecuencias que esta decisión trae. En la realidad se muestra que el menor que está involucrado en el caso no accede a la verdad sobre sus antecedentes biológicos, y porque la decisión judicial que estipule la urgencia de una tutela con el objeto de proteger los derechos del menor, para saber qué rol va a tomar tanto el padre legal como el biológico, para ello el juzgar considerará pruebas y las futuras consecuencias para el menor.

Ante ello, los magistrados nacionales en casos que se parecen, como en el que estamos tratando, en el que se estableció y verifico que el padre legal no es el padre biológico del menor, el niño tiene como figura paterna al que no es su padre biológico y lógicamente sus sentimientos están con su padre legal. Además, es importante saber de buena tinta el testimonio de la madre, asimismo, que el padre legal siga cumpliendo con las obligaciones alimentarias si fuera el caso que la relación de afiliación de los padres continúe. Por lo tanto, opinamos que el magistrado a ciencia cierta efectuará su compromiso de suministrar a los niños los conductos obligatorios para conseguir su derecho a la verdad biológica sin asumir que perderá su protección.

4. Formulación del problema

¿De qué manera sería beneficioso el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida para poder salvaguardar el interés superior del niño, en la legislación peruana?

5. Justificación e importancia del estudio

El presente proyecto de investigación fue realizado para que en la legislación peruana se pueda reconocer de manera legal, las técnicas de reproducción asistida, para poder brindar al menor nacido mediante el uso de estas herramientas una verdadera identidad biológica, de tal manera que se estará salvaguardando el interés superior del niño. Es así que el fin de esta investigación es lograr una regulación adecuada las técnicas de reproducción asistida, siendo que las controversias que se suscitan a raíz de la falta de regulación son diversas y en donde siempre el perjudicado es el menor.

La investigación se justifica en el contexto social, debido a que es pertinente hablar y reconocer a las técnicas de reproducción asistida como formas de procrear a una persona, de esta manera se visibilizaran su origen biológico y por ende sus derechos fundamentales. Es fundamental y necesaria porque interpreta de manera extensiva los derechos fundamentales de las personas y propone la no restricción en cuanto a su aplicación e interpretación en la realidad social, es decir, proponemos un estudio a la luz de los derechos humanos y las libertades de la persona, bajo los estándares del principio pro persona, que formula la interpretación y aplicación de cualquier ley de la forma más favorable en cuanto a estos derechos fundamentales.

El principio pro persona estipula el hecho de conferir al sujeto de derecho la mayor protección en cuanto a la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales, por eso es que el reconocimiento de este tipo de reproducción daría garantía de su existencia, visibilizándola, finalmente proveería de una capa de protección de los derechos de estos sujetos.

6. Hipótesis

Si se logra una debida y adecuada regulación de las técnicas de reproducción asistida en la normativa peruana, se estará logrando salvaguardar de manera idónea el interés superior del menor, ya que ante

cualquier tipo de controversias que se susciten por una falta de regulación, siempre el legislador obrara protegiendo los derechos e interés de los menores, ya que estas técnicas cada vez se van realizando con mayor frecuencia en la sociedad

La propuesta cae sobre el reconocimiento sustantivo en la norma de los mecanismos de reproducción asistida, este método permitiría que se visibilice estos métodos de manera que las controversias que traten sobre esta materia haga que no exista un vacío normativo para falta de una ley o norma sustantiva, incluso el principio pro persona otorga que los derechos humanos y fundamentales en las normas internacionales y ordenamiento jurídico nacional tengan mayor nivel de prevalencia e importancia en nuestra legislación.

7. Objetivos

7.1. Objetivo general

Determinar en qué medida el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida salvaguardará el principio de interés superior de los niños.

7.2. Objetivos específicos

1. Identificar la situación actual de la regulación de las técnicas de reproducción asistida para salvaguardar el interés superior del niño.
2. Analizar la doctrina y jurisprudencia comparada sobre el derecho del interés superior del menor y el uso de técnicas de reproducción asistida.
3. Proponer un proyecto de ley para el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida para salvaguardar el interés superior del niño.

8. Limitaciones

De tiempo: esta limitación hace referencia la falta de tiempo que tiene el investigador para poder realizar de una manera adecuada la investigación,

esto debido a factores externos como trabajo y desarrollo de prácticas pre profesionales, pero, señalando que este no es un impedimento para poder desarrollar una investigación adecuada.

De estudio: la limitación de estudio está inmersa en la falta de información actualizada y veraz, esto debido a lo novedoso del tema, que tiene el investigador para poder acumular información, así como libros desactualizados sobre la materia.

II. MATERIALES Y METODOS

2.1. Tipo y Diseño de la Investigación.

2.1.1. Tipo

La presente tesis elaborado, según lo detallado por el autor Hernández (2014), es de tipo cualitativo con enfoque propositivo; Esto se debe a que la investigación funcionará con datos cualitativos; es decir, cuando se hace referencia a datos cualitativos, es porque se harán registros narrativos de todos los fenómenos estudiados utilizando técnicas de recolección de datos, como en este caso la investigación. Cuando se logra una armonía correcta, hay una investigación que presenta datos cualitativos, haciendo que la investigación sea mucho más concreta y real.

Cuando la investigación es de tipo propositivo ya que se basa en una necesidad o vacío en cuanto a una figura, esto parte de analizar la información obtenida, en base a la cual se realizará una propuesta de sistema de evaluación de desempeño para lograr salir del problema actual y las insuficiencias ubicadas. Al identificar los problemas, investigarlos, profundizarlos y dar una solución dentro de un contexto específico. (Hernández, 2014, p. 91)

2.1.2. Diseño

La investigación de diseño no es de naturaleza experimental, porque para desarrollarla no se manipuló variable deliberadamente, basada únicamente en la observación de ciertos fenómenos, tal como ocurren en su contexto natural. Por lo tanto, una investigación no experimental se caracteriza por el hecho de que no hay condiciones a las que estén sujetos, los sujetos utilizados para el estudio; por lo tanto, este diseño es ideal para las ciencias

jurídicas, como lo es la investigación en particular. (Hernández , 2014, p. 152)

2.2. Variables, Operacionalización.

2.2.1. Variable Independiente

Reconocimiento de la filiación de los Hijos nacidos s través de técnicas de Reproducción asistidas

2.2.2. Variable Dependiente

Salvaguardar el interés superior del Niño

2.2.3. Operacionalización

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
<p>V. Independiente</p> <p>Reconocimiento de la filiación de los Hijos nacidos a través de técnicas de Reproducción asistidas</p>	<p>Narváez (2001) Conjunto de tratamientos de carácter médico que tienen como finalidad un favorecimiento en el embarazo de aquella mujer que por problemas en la salud no puede, de manera normal, quedar embarazada; en este sentido necesitan de estas técnicas para poder lograr el proceso de formar una familia propia. (p. 132)</p>	<p>Técnicas de Reproducción Asistida</p> <p>Filiación</p> <p>Regulación Inexistente</p>	<p>Regulación deficiente</p> <p>Reconocimiento</p> <p>Vacíos Normativos</p>	<p>Técnica de gabinete</p> <p>Análisis documentario</p>

<p>V. Dependiente</p> <p>Salvaguardar el Interés Superior del Niño</p>	<p>Este principio de carácter fundamental hace referencia a que cuando exista conflicto entre normas que transgredan los derechos del menor y otras que los protejan, siempre tras una debida ponderación de derechos se van a preferir los intereses del menor. (Varsi, 2011, p. 76)</p>	<p>Dignidad del Menor</p> <p>Ponderación de Derechos</p> <p>Unión Familiar</p>	<p>Ámbito físico y psíquico</p> <p>Valoración de derechos</p> <p>Derecho esencial</p>	
---	---	--	---	--

2.3. Población y muestra.

Atendiendo a la naturaleza de investigación, el presente proyecto de tesis tendrá como población y muestra a los documentos recabados en la presente investigación constituidos en este caso por cuanto sentencias estructuradas de la siguiente manera: 2 sentencias nacionales y 1 sentencia extranjera.

Estos elementos tienen por finalidad que el investigador realice un estudio analítico del fenómeno de estudio, tomando en cuenta las similitudes y deferencias encontradas en las distintas decisiones judiciales.

2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad.

En el presente proyecto de investigación se ha aplicado una técnica denominada documental, la misma que consiste en la recopilación de documentos válidos que acreditan y respaldan la presente tesis, dentro de los más destacadas están las sentencias nacionales e internacionales.

2.5. Procedimientos de análisis de datos.

Los datos obtenidos mediante la aplicación de la técnica del gabinete y el análisis documentario, son mecanismos o medios de recolección de datos, que nos ha permitido analizar la información relevante y contrastar la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación.

Del mismo modo, las conclusiones obtenidas se utilizarán como premisas para llegar a la conclusión general; Este resultado, contrario a la hipótesis general, proporcionará la base para formular una conclusión general, la cual será la más relevante en la investigación, siendo que las demás servirán para poder detallar los objetivos planteados como específicos.

2.6. Criterios éticos.

a. Dignidad Humana:

Para poder enfatizar sobre este criterio ético se debe tomar en cuenta, al material humano (colaboradores) con el que se logra el fin requerido para la presente investigación, es decir, vual es la problemática jurídica que se suscita en cuento a las técnicas de reproducción asistida.

b. Consentimiento informado

Mediante el uso de este criterio se les brinda a los especialistas la información necesaria y suficiente para que ellos puedan dar un aporte significativo, en cuanto a la problemática jurídica que se viene suscitando en cuento a las técnicas de reproducción asistida y el impacto que esto genera en los derechos de los menores y la transgresión de la familia.

c. Información

La información que se ha consignado a lo largo de la investigación, que es la que se brindara a los colaboradores, es información actualizada, de fuentes confiables y con la rigurosidad que un proyecto de investigación lo ameritan, para de tal manera poder resolver una problemática que se viene dando en la realidad social y que por falta de regulación está teniendo muchas falencias.

d. Voluntariedad

Este criterio ético se basa en dos parámetros por un lado el apoyo desinteresado brindado por lo especialistas en materia civil, de familia, o médicos y por el otro desde una perspectiva propia del investigador, siendo que con el presente proyecto no se busca ningún beneficio personal; más que colaborar con el desarrollo adecuado del derecho.

e. Beneficencia:

La finalidad de poder identificar cual es la problemática que se suscita en cuanto a las técnicas de reproducción asistida en la realidad social lambayecana, es brindar un aporte no solo a la comunidad jurídica sino también a las personas en general sobre un tema tan relevante como lo es este, en donde no solo se están transgrediendo derechos de los niños, sino también de la familia, como núcleo de una sociedad.

f. Justicia:

En cuanto a este criterio el mismo debe representar una tipología justa y arreglada a derecho, los resultados servirán de beneficio para la comunidad jurídica en general, en tal sentido los beneficiados también serían los pobladores del estado peruano, que ven una problemática en este tema.

2.7. Criterios de Rigor Científicos

a. Aplicabilidad

La presente investigación será aplicada de una manera objetiva a la realidad social que se bien suscitando cuando se usan las técnicas de reproducción asistida y como estas medidas tienen transgrediendo el interés superior de los niños, en sus derechos más intrínsecos

b. Consistencia

Este criterio hace referencia al grado de confiabilidad que debe tener la investigación para que la misma logre ser consistente en cuanto a sus resultados, teniendo como base para dicho fin la información brindada por los especialistas en la materia, que prestaran ayuda desinteresada.

c. Neutralidad

Con este criterio de rigor el investigado actúa de una manera parcial; es decir, defiende su tema, pero lo hace en base a información periférica, siendo que también esta consiente de las modificaciones que el mismo

puede sufrir por resultados contrarios a los queridos; por lo que se debe laborar eficientemente y con base a los resultados obtenidos por las encuestas y cuestionarios para poder plantear una adecuada propuesta en base reconocimiento de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida con la finalidad de salvaguardar el derecho de los niños a su identidad.

III. RESULTADOS

3.1. Resultados en diagrama de flujo.

3.1.1. Resultados en tablas y figuras

Tabla N° 01

EXPEDIENTE	RECURSO	PROCESO	REGIÓN	HA RESUELTO
CAS. N°563-2011 LIMA.	RECURSO IMPUGNATORIO CASACIÓN	ADOPCION DE MENOR POR EXCEPCION INCOADA	LIMA	INFUNDADO

Tabla 1. sentencia expedida por la sala civil permanente de la corte suprema de justicia de la república

Nota: Elaboración propia

Tabla N° 02

EXPEDIENTE	RECURSO	PROCESO	REGIÓN	HA RESUELTO
EXPEDIENTE: 06374-2016-0- 1801-JR-CI-05	PROCESO DE AMPARO	PROCESO DE AMPARO	LIMA	FUNDADA

Tabla 2. Fuente: sentencia dictada Quinto Juzgado Constitucional de Lima

Nota: elaboración propia

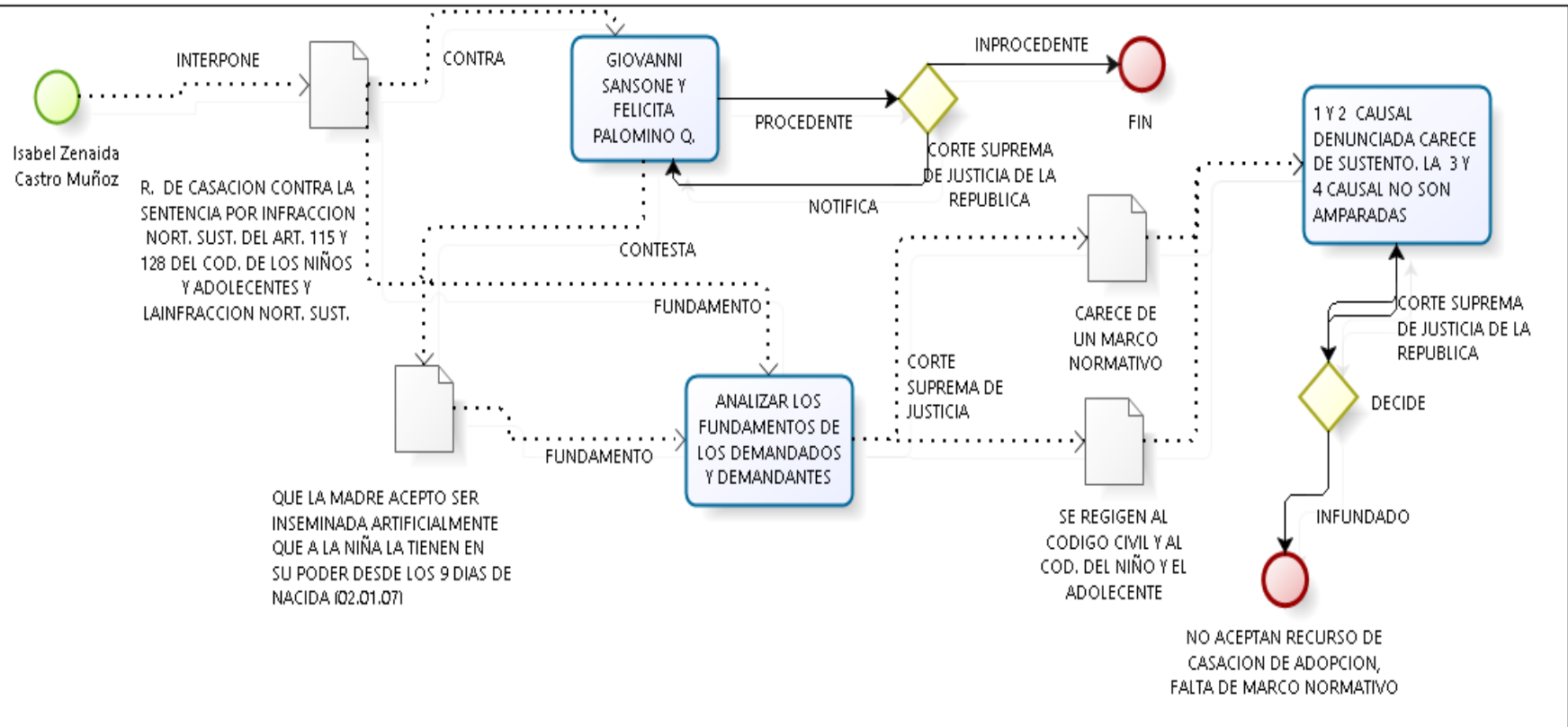
Tabla N° 03

EXPEDIENTE	RECURSO	PROCESO	REGIÓN	HA RESUELTO
EXPEDIENTE N°714/15/1F-	ACCION DECLARATIVA DE FILIACION	ACCION DECLARATIVA DE FILIACION	MENDOZA	FUNDADA LA FILIACION

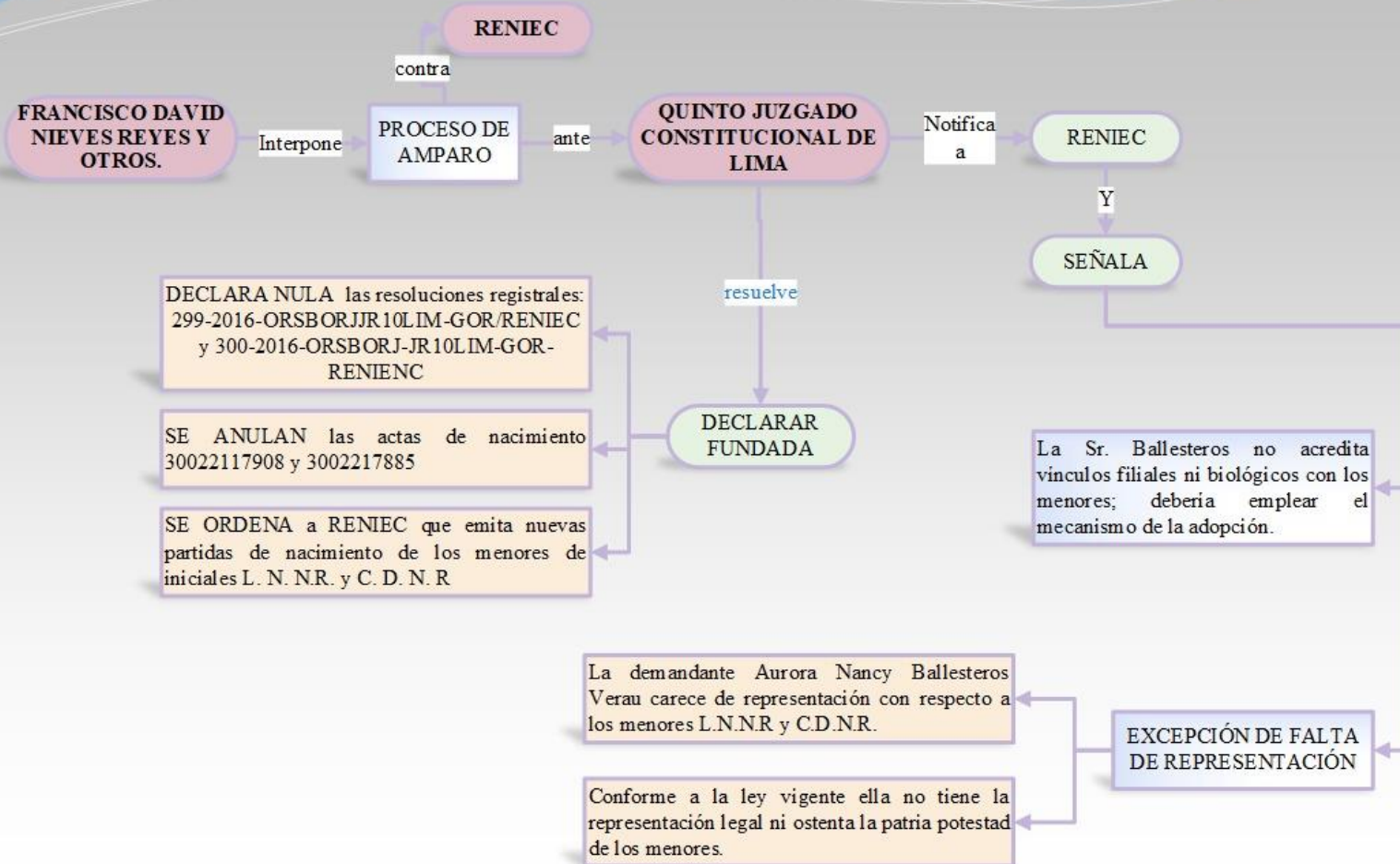
Tabla 3. Fuente: sentencia dictada **PRIMER JUZGADO DE FAMILIA, PRIMERA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, MENDOZA-ARGENTINA.**

Nota: elaboración propia

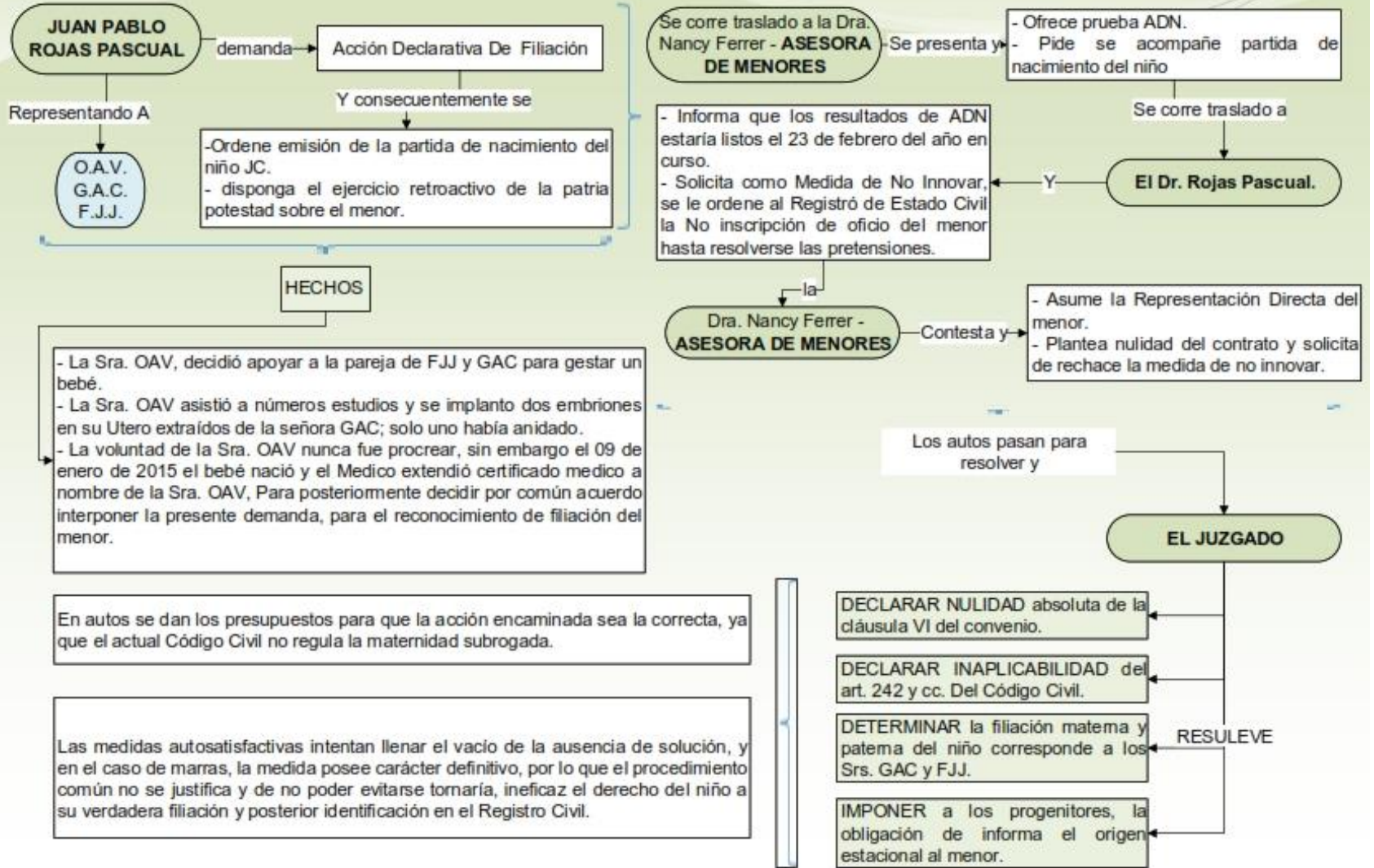
ADOPCION DE MENOR POR REPRODUCCION ASISTIDA



EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05



EXP. N° 714/15/1F – 1ER JUZGADO DE FAMILIA, PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, MENDOZA- ARGENTINA



3.2. Discusión de resultados

En la presente investigación sobre como Salvaguardar el Interés Superior del Niño, se ha estudiado las dimensiones; dignidad del menor, ponderación de derecho y unión familiar se ha obteniendo como resultado según el caso estudiado, que el reconocimiento de los Hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistidas, en el Perú no se encuentra regulado, sin embargo, se tiene cierto alcance de manera genérica en el código civil y el código del niño y del adolescente. Con lo cual se demuestra que la deficiencia de esta normativa impide un justo y eficiente proceso de judicial cuando se lo requiera. Estos resultados obtenidos coinciden con la investigación realizada por Santander (2012), en su tesis titulada "**los contratos de maternidad o de vientre alquiler: ¿el ejercicio legal del derecho a procrear o socavar la dignidad de las personas?**", quien detalla sobre el tema en particular que el uso de estas técnicas para ayudar en la procreación no tiene la regulación específica en el derecho, por lo que están violando la base de la dignidad humana.

Del mismo modo Canessa (2011), en su tesis titulada; **Afiliación de reproducción humana asistida**, muestra que hay muchas familias que se someten a este tipo de técnicas, pero que no tiene la protección absoluta, porque en los conflictos generados en el futuro, el herido es el ser vivo, porque cuestionan su identidad y origen.

Que con la finalidad de demostrar la carencia de la normativa en cuanto a la reproducción asistida es que se ha analizados 03 sentencias las cuales están conformadas por 02 nacionales y 01 internacional, como parte de la técnica de gabinete y análisis documentario.

Las sentencias analizadas son SENTENCIA CAS. N° 563-2011 LIMA, EXPEDIENTE: 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 QUINTO JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA Y

EXPT.E.N°714/15/1F DEL PRIMER JUZGADO DE FAMILIA, PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, PROVINCIA DE MENDOZA, ARGENTINA.

En ese sentido se ha analizado las sentencias ya mencionadas utilizando diagramas de flujo mediante el software bizagi modeler, para la variable dependiente la cual es Salvaguardar el Interés Superior del Niño.

En la página anterior se muestra la diagramación en el software mencionado líneas arriba.

El la figura nos muestra que nuestro marco normativo en materia a nuestra investigación es deficiente, ya que existen vacíos legales y lo más preocupante aun es que no se cuenta con leyes aprobadas para salvaguardar el interés del niño y el adolescente en materia a la reproducción asistida y al derecho de tener una familia, por lo tanto, las decisiones que tome las instancias de justicia son ineficientes.

3.3. Aporte práctico – proyecto de ley

PROYECTO DE LEY N°2020/66-CR QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 26842, LEY GENERAL DE SALUD, REFERIDA AL USO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La ciudadana peruana Claudia Jhurnely Durand Dávila, ejerciendo su derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución del Perú y del artículo 76 del Reglamento de Congreso de la Republica, presenta el siguiente proyecto:

LEY QUE REALIZA UNA MODIFICACIÓN AL ARTÍCULO 7° DE LA LEY 26842 CONCERNIENTE AL USO DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

I. EXPOSICIÓN DE FUNDAMENTOS

Artículo 1: Objeto de la Ley

La presente ley tiene como objeto la modificación del artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, concernientes al uso de técnicas de reproducción asistida.

Artículo 2: Modificación de la ley 26842

Modifíquese el artículo 7° de la ley 26842, bajo los siguientes términos.

“**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. Los miembros de un matrimonio, convivencia de hecho o persona individual capaces de brindar un hogar adecuado para el niño o niña, y que cuenten con problema de infertilidad o alguna otra dificultad para procrear pueden procrear mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. El uso de las técnicas de reproducción de reproducción humana asistida heteróloga y en especial la maternidad subrogada, deben ser autorizadas después de un estudio de los sujetos que quieren someterse a esta técnica por el Juzgado de Familia y/o Mixto del domicilio de los solicitante, presentando obligatoriamente la autorización de todos los sujetos involucrados, además del informe médico que certifique su imposibilidad de procrear o en todo caso para la persona individual presentar sus fundamentos por las que desea recurrir a este

tratamiento, debiendo fundamentar el por qué no opta por otras técnicas, de otorgarles el juez la autorización los/el/la solicitantes adquirirán los derechos y deberes de padres frente al niño o niña. El proceso de autorización de uso de técnicas de reproducción humana asistida se tramita como proceso no contencioso.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS. –

Todos somos testigos del gran desarrollo y constante avance de las ciencias biológicas como son la genética, la biotecnología, la ingeniería genética, la biología molecular, la biogenética, y todas las demás técnicas que trabajan con el hombre. Hechos como los de las Técnicas de Reproducción Asistida (TERAS), en sus diferentes formas y variantes, son ya cotidianas; en otras palabras, ante nuestros ojos está suscitando una verdadera revolución.

Los efectos de esta ley no son negativas, esta norma se inserta en el sistema legislativo nacional para ayudar a solucionar una serie de problemas por las que atraviesan las parejas matrimoniales, convivencia de hecho y persona individual al no poder tener hijos y que la ciencia se pone al servicio de este grupo de personas con problemas de fertilidad.

III. ANALISIS COSTO BENEFICIO

El presente proyecto de ley, no generará ni exigirá un gasto al presupuesto nacional, al contrario, con la presente iniciativa se pretende otorgar una herramienta más para que los jueces en problemas de filiación y sucesión determinen quienes son los padres naturales y legales de las personas procreadas mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera: Reglamentación

El Poder Ejecutivo deberá adecuar el Reglamento de la Ley 26842 a lo dispuesto por la presente Ley, dentro de sesenta días naturales de su entrada en vigencia.

Segunda: Derogatoria

Deróguense las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Lima, julio del 2020

IV. CONCLUSIONES

1. Para determinar en qué medida el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida salvaguardará el principio del interés superior de los niños; y, al analizar una sentencia de reproducción asistida mediante diagrama de flujo se ha llegado a la conclusión que un proyecto de ley, acepta la hipótesis planteada por el investigador.
2. Se concluye que la situación actual de la naturaleza jurídica en el ámbito de su aplicación en la regulación de las técnicas de reproducción asistida para salvaguardar el interés superior del niño solo la regula genéricamente los artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes, artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes, artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil y artículo 381 del Código Civil, por lo cual existe vacíos legales en defensa de los niños nacidos bajo esa modalidad.
3. Al analizar la jurisprudencia vs el derecho del interés superior del menor se ha llegado a la conclusión que en la figura del reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida existe un vacío legal en la norma civil, lo cual lo evidenciamos en la realidad estudiada de la sentencia **CAS. Nº 563-2011 LIMA.**
4. Finalmente, se ha llegado a la conclusión, que la propuesta del proyecto de ley que regula el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida, salvaguarda el principio de interés superior del niño.

V. RECOMENDACIONES

- 1.** Se debe regular en nuestra legislación nacional las técnicas de reproducción asistida, ya que actualmente no tiene normativa que las regule, más que la ley general de salud que la menciona en grandes rasgos, siendo así que estos procedimientos pueden incurrir en abuso; por lo mismo es necesario marcar parámetros o límites en una ley especializada, para que esta situación no quede al libre albedrío de los médicos, sino también del ordenamiento jurídico nacional, aplicándose supletoriamente las normas que sistematizan la adopción de recién nacidos, dándose cumplimiento estricto de los derechos del niño y de la madre, es decir vivir y procrear.
- 2.** El Estado no debe consentir o permitir que la filiación de un niño que nació por técnicas de reproducción asistida este sin amparo o protección legal, pues ello podría tener como consecuencia la afectación de los derechos fundamentales de la persona humana reconocidos en la Constitución, aunado a ello, que ni el derecho y la ética consienten; por ello la necesidad de normar sobre la materia.
- 3.** Finalmente sostengo que el Estado debe realizar una protección jurídica, ética y moral a la vida, identidad y filiación de los niños engendrados por técnicas de reproducción asistida, a través de la promulgación de una norma legal de la materia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Beriain, Iñigo de Miguel (2008). ¿Existe un derecho a la identidad genética?, en Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura, CLXXXIV 730, pp. 261 y ss.

Carbonell Benito, Gabriela (2009). El interés del menor: Criterios para su concepción y defensa a través de las figuras del Defensor del menor y del Ministerio Fiscal, en La Protección del Menor, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 133.

Camps Mirabet, Nuria (2007). El Principio del Interés Superior del Menor: Marco normativo Internacional y aplicación en el Derecho Interno, en Estudios jurídicos sobre la Protección de la Infancia y de la Adolescencia, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 17 y ss.

Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria (2018). Recuperado de: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521C0525834A00726952/\\$FILE/reproduccion_asisitida_N20.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521C0525834A00726952/$FILE/reproduccion_asisitida_N20.pdf)

Di Pietro, C., & Trucchi, M. A. (2016). La Gestación por sustitución en el derecho internacional privado. Santa Rosa, La Pampa, Argentina. Recuperado de : http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/rdata/tesis/e_diplag979.pdf

Fernández Sessarego, Carlos (1990). El Derecho a la Identidad Personal, en Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 60.

García de Solavagione, Alicia (2014) “Filiación por naturaleza o biológica”, en Borda, Guillermo, Derecho de familia y de las personas: entre el derecho dado y el derecho proyectado, Córdoba: Nuevo Enfoque Jurídico, p. 123.

Guevara Aranda, S. R. (Octubre de 2018). Jurídica peruana y legislación comparada sobre la gestación por sustitución. Chachapoyas, Amazonas, Perú. Recuperado de : <http://repositorio.untrm.edu.pe/bitstream/handle/UNTRM/1539/Avellaneda%20Chumbe%20Rosa%20Edelmira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Krasnow, Adriana Noemí (s/f). Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, Buenos Aires: La Ley, p. 218. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú, Casación N.º 4323-2010 Lima, Lima: 11 de agosto del 2011.

Mosquera Vásquez, Clara Celinda (2012). El primer caso de vientre de alquiler, en Diálogos con la Jurisprudencia, N.º 167, Lima, p. 55 y ss.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú, Casación N.º 563-2011 Lima, Lima: 6 de mayo del 2011.

Seleme, Hugo Omar (2013). La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía”, en La Ley, N.º 13, Buenos Aires, p. 2.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú, Casación N.º 4323-2010 Lima, Lima: 11 de agosto del 2011.

Sala Civil Permanente de la Corte Suprema del Perú, Casación N.º 4323-2010 Lima: 11 de agosto del 2011.

Werner, Matías (2015) “Mama mía” (La voluntad procreación al hace a la madre), Instituto Pacifico, Lima. Fernández Sessarego, Carlos (1990). El Derecho a la Identidad Personal, en Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 60.

Torres Maldonado, Marco Andrei (2013). ¿Mi papá es un donante? El eufemismo del interés superior y la identidad de la menor derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, en Revista Jurídica del Perú, Gaceta Jurídica, Lima, n.º 152, octubre, p. 163.

Loewenstein, Karl (1979). Teoría de la Constitución, Ariel, Barcelona, pp. 216 y ss.

Siverino Bavio, Paula (2010). ¿Quién llamó a la cigüeña? Maternidad impugnada e identidad genética, reflexiones a propósito de dos sentencias peruanas, en Revista Jurídica, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), Buenos Aires, N.º 14, p. 42.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2012) Tratado de Derecho de Familia: Derecho de la filiación, cit., p. 246.

ANEXOS:

ANEXO A. MARIZ DE CONSISTENCIA

TITULO:

EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS A TRAVÉS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA PARA SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL DERECHO COMPARADO

VARIABLES	PROBLEMA	HIPOTESIS	OBJETIVOS
<p>INDEPENDIENTE:</p> <p style="text-align: center;">Reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de técnicas de Reproducción asistida</p>	<p>¿De qué manera sería beneficioso el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida para poder salvaguardar el interés superior del niño, en la legislación peruana?</p>	<p>Si se logra una debida y adecuada regulación de las técnicas de reproducción asistida en la normativa peruana, se estará logrando salvaguardar de manera idónea el interés superior del niño.</p>	<p>GENERAL</p> <p>Determinar en qué medida el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida salvaguardará el principio de interés superior de los niños.</p>
<p>DEPENDIENTE:</p> <p style="text-align: center;">Salvaguardar el interés superior de niño en el derecho comparado</p>			<p>ESPECIFICOS</p> <p>1. Identificar la situación actual de la regulación de las técnicas de reproducción asistida para salvaguardar el interés superior del niño.</p> <p>2. Analizar la doctrina y jurisprudencia comparada</p>

			<p>sobre el derecho del interés superior del menor y el uso de técnicas de reproducción asistida.</p> <p>3. Proponer un proyecto de ley para el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos a través de técnicas de reproducción asistida para salvaguardar el interés superior del niño.</p>
--	--	--	---

ANEXO B. JURISPRUDENCIA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE : 06374-2016-0-1801-JR-CI-05

JUEZ : HUGO VELASQUEZ ZAVALITA

ESPECIALISTA : RAULTAÍPE SALAZAR

DEMANDANTE : FRANCISCO DAVID NIEVES REYES Y OTROS

DEMANDADO : RENIEC

MATERIA : PROCESO DE AMPARO

SENTENCIA

RESOLUCION: 05 Lima, 21 de febrero del 2017

VISTOS.

Asunto:

Proceso de amparo iniciado por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C. D. N. R., representados por Francisco David Nieves Reyes y Evelyn Betzabé Rojas Urco, contra RENIEC.

ANTECEDENTES.

De la demanda: Fluye del texto de la demanda-folio 144 a 166-, que la parte actora pretende se otorgue protección a los derechos a la identidad de L. N.R. y C. D. N. R (en adelante, "los menores") y al principio superior del niño y, en consecuencia:
1) Se deje sin efecto la Resolución Registral N° 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016 y la Resolución Registral N° 299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC, de fecha 29 de febrero de 2016,

que declararon, respectivamente, la improcedencia de rectificación de las actas de nacimiento de los menores. 2) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que el Señor Francisco David Nieves Reyes es el padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento. 3) Se declare formalmente, en las respectivas actas de nacimiento, que la Señora Aurora Nancy Ballesteros es la madre de los menores, efectuándose la respectiva rectificación. Fundamentos fáctico-jurídicos de la demanda: La parte actora sustenta su demanda -en síntesis-, en los siguientes hechos: 1. Con fecha 21 de enero de 2005, los Señores Nieves-Ballesteros contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada por parte 2 de la señora Ballesteros, decidieron recurrir a las TERAs, concretamente, a la técnica del útero subrogado. 2. Para ello, se procedió a la fecundación in vitro, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los Sres. Lázaro-Rojas, se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la Sra. Rojas. Para ello, suscribieron el acuerdo privado de útero subrogado, manifestando su acuerdo de voluntades. 3. Con fecha 19 de noviembre de 2015 nacieron los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. Al momento del nacimiento, los menores fueron consignados como hijos de la Sra. Rojas (por ser esta quién los alumbró) y del Sr. Nieves, dado que se aceptó la declaración de la Sra. Rojas en el sentido de que el padre no era el Sr. Lázaro, su esposo. 4. Posteriormente, iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, en donde el Sr. Nieves solicitó que se declare al primero como padre de los menores, procediéndose al respectivo reconocimiento; mientras que la Sra. Ballesteros solicitó se declare que es la madre de los menores, procediéndose a la respectiva rectificación. Tras ello, el RENIEC declaró improcedentes ambas solicitudes a través de las resoluciones registrales impugnadas mediante el presente proceso de amparo. 5 La parte demandante fundamenta jurídicamente su demanda principalmente en el derecho a la identidad de los menores y en el principio del interés superior del niño. 5.1. Respecto del primer derecho, se alega en la imposibilidad de que los menores tengan claramente determinada su identidad, ya que su filiación maternal está dada con la Sra. Rojas, con quien no comparten material genético, carece de voluntad para procrear, criar o cuidar de ellos y, además, al gestarlos, no tuvo ninguna otra voluntad que colaborar con los Sres. NievesBallesteros. Según el demandante, esto también afectaría el derecho

al desarrollo de la libre personalidad de los menores. 5.2. Respecto del principio de interés superior del niño, se alega que las resoluciones del RENIEC vulneran este principio por hacer prevalecer una interpretación restrictiva de las normas legales aplicables. 6. Por ello, los Sres. Nieves-Ballesteros, los Sres. Lázaro-Rojas y los menores solicitan que se reconozca la paternidad y maternidad de los primeros respecto de los últimos.

CONSIDERANDO:

SEXTO: Los derechos fundamentales a la salud reproductiva:

De acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política: "Todos tienen derecho a la protección de su salud". El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas –ONU, desarrolla los alcances de este derecho al dejar establecido que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud no solo se refiere a la ausencia de afecciones y enfermedades y el derecho a la atención médica, sino que "ese derecho abarca, además la atención de la salud sexual y reproductiva, los factores determinantes básicos de la salud sexual y reproductiva" (Observaciones Generales N° 14 del 2000 y N° 22 del 2016, fundamentos 11 y 7, respectivamente). Y añade el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que: "La salud sexual y la salud reproductiva son distintas, aunque están estrechamente relacionadas. La salud sexual, según la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es "un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad". La salud reproductiva, tal como se describe en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo" (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 6). Esto significa que toda persona que tuviera problemas en su salud reproductiva tiene derecho a tomar el tratamiento médico adecuado para su padecimiento y, además, a tomar otras acciones informadas y libres vinculadas a ese ámbito de su salud. Por eso es que

el Comité concluye que “el derecho a la salud sexual y reproductiva también es indivisible e interdependiente respecto de otros derechos humanos. Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; a la libertad y la seguridad de la persona...; la privacidad y el respeto por la vida familiar; y la no discriminación y la igualdad” (Observación General N° 22 del 2016, fundamento 10). Similar tenor expresa la Corte Constitucional de Colombia al señalar que: “... la injerencia injustificada sobre este tipo de decisiones [referidas al ejercicio de los derechos reproductivos] trae consigo la limitación en el ejercicio de otros derechos fundamentales como la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar y el derecho a conformar una familia” (Sentencia T-375, 2016, fundamento 5 y Sentencia T-528 de 2014, fundamento 5.1).

DECISIÓN: Por las razones expuestas y al amparo del artículo 200° inciso 2° de nuestra Constitución y 1° del Código Procesal Constitucional, administrando justicia a nombre de la Nación, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, DECIDE: DECLARAR FUNDADA la demanda de amparo, interpuesta por la sociedad conyugal conformada por Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y por los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R., en consecuencia: 1.- SE DECLARA NULAS las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC, asimismo, SE ANULAN las actas de nacimiento 30022117908 y 3002217885. 2. SE ORDENA a RENIEC que emita nuevas partidas de nacimiento de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R, donde conste como sus apellidos (paterno y materno), los de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau, así como registrar que ellos son sus padres, debiendo adicionar los demás que exige la ley, permitiéndoles también suscribir las nuevas actas de nacimiento. 3. Mandato que debe ser cumplido en el plazo de 02 días, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas que correspondan, de conformidad con los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.

ANEXO C. JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA SALA CIVIL PERMANENTE SENTENCIA CAS. Nº 563-2011 LIMA

Lima, seis de diciembre de dos mil once.-

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

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

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

3. CONSIDERANDO: PRIMERO.- Que, la adopción es aquella institución por la cual el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, siendo requisito que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar, que concorra el asentimiento de su cónyuge, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela; y encontrándonos ante un proceso de adopción por excepción se requiere

adicionalmente que el adoptante posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción, conforme a lo establecido en el inciso “b” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes, sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente (como si ocurre en los otros casos regulados en el mismo Código).

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

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

SEGUNDO.- Que, asimismo el Tribunal Constitucional mediante la sentencia expedida en el expediente 02079-2009-PHC/TC, al interpretar los alcances del principio del interés superior del niño y del adolescente, así como el presupuesto de interpretación constitucional; en su fundamento trece ha interpretado: “(. . .) el deber especial de protección sobre los Derechos del Niño vincula no solo a las entidades estatales y públicas sino también a las entidades privadas e inclusive a la comunidad toda, a fin de que en cualquier medida que adopten o acto que los comprometa velen por el interés superior del niño, el cual debe anteponerse a cualquier otro interés. Por tanto, constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, éste debe ser preferido antes que cualquier otro interés. Y es que la niñez constituye un grupo de personas de interés y de protección prioritaria del Estado y de toda la comunidad, por lo que las políticas estatales le deben dispensar una atención preferente. En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último; y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”

4.- DECISIÓN: Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: a) INFUNDADO el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz; en consecuencia, NO CASARON la sentencia de vista de fojas mil ochocientos noventa dos su fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda. b) DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz y otro, sobre adopción de menor; intervino como ponente, el Juez Supremo señor Ponce De Mier.-

SS. DE VALDIVIA CANO HUAMANI LLAMAS PONCE DE MIER VINATEA
MEDINA CASTAÑEDA SERRANO

ANEXO D. JURISPRUDENCIA

**PRIMER JUZGADO DE FAMILIA, PRIMERA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL,
PROVINCIA DE MENDOZA, ARGENTINA.**

EXPTE.N°714/15/1F

A FS.137/151EN ESTOS AUTOS EL JUZGADO RESOLVIÓ:

MENDOZA, 29 DE JULIO DE 2015.-

Y VISTOS:

Los presentes autos arriba intitulados, de los que;

RESULTA:

1. Que a fs. 50/67 se presenta el Dr. Juan Pablo Rojas Pascual, en representación de los Sres. OAV, GAC Y FJJ, acompañando las respectivas ratificaciones (fs. 68/70) e incoando ACCIÓN DECLARATIVA DE FILIACIÓN como MEDIDA AUTOSATISFACTIVA, a fin de que se reconozca la verdadera filiación materna y paterna de un niño recién nacido (JC) mediante una técnica de reproducción asistida, con sus padres genéticos.

-Solicitan que, en consecuencia, se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño JC y su DNI como hijo de GAC y FJJ y se disponga el ejercicio retroactivo de la patria potestad sobre el menor, desde la fecha de la concepción, a favor de sus padres genéticos.

-Relatan que la Sra. OAV, una mujer mayor de edad y con dos hijos propios a fines de 2013 y principios de 2014 se interesó por motivos personales en ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos.-Que investigando en internet y consultando a distintos profesionales, conoce a la pareja de FJJ y GAC, que residía en Buenos Aires, quienes convivían desde 2007 y que a la fecha no podían gestar hijos.

-Que la Sra. GAC ha sufrido una histerectomía subtotal de útero, desapareciendo por ello su posibilidad de gestar un bebé. Sin embargo, conserva sus óvulos.

-De esta manera, la Sra. OAV, conmovida por su caso, decide ayudarlos a gestar un bebé, en forma altruista y gratuita.

-Ambas partes concurrieron al Instituto de Reproducción Asistida “.....”, en nuestra ciudad, a fin de iniciar el procedimiento.

-La Sra. OAV se sometió a numerosos estudios médicos y psicológicos a fin de determinar que se hallaba apta para someterse al proceso, en la función de mujer gestante. Además, se inscribió en la OSDE a fin de contar con cobertura médica tanto durante la realización de la técnica, como durante el embarazo y con posterioridad al parto.

-Además, suscribieron un acuerdo el 29 de abril de 2014, estableciendo algunas obligaciones mutuas, tales como el pago de gastos médicos, viáticos, ropa y medicación.

-Detallan el procedimiento al que se sometieron: fecundación in vitro con óvulos extraídos de la Sra. GAC y espermatozoides del Sr. FJJ, y posterior implantación de dos embriones en el útero de la Sra. OAV, habiendo anidado sólo uno de tales embriones, el que gestaría esta última.

-La evolución del embarazo de la Sra. OAV fue controlada en forma permanente en el Instituto en las primeras semanas y luego derivada al médico obstetra: Dr. Luego la Sra. OAV decide cambiar de médico, comenzándose a atender con el Dr., quien controló el embarazo hasta el parto.

-Asimismo, fue atendida durante el embarazo por una psicóloga, Licenciada, quien la acompañó y la contuvo psicológicamente durante el proceso.

-Ambas partes se comunicaron regularmente durante el embarazo, teniendo siempre presente la Sra. OAV que el bebé que gestaba era para la Sra. GAC y el Sr. FJJ.

-Que la Sra. OAV nunca tuvo intención de procrear un hijo propio, ya que ella puede concebir y gestar, sin necesidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, por lo que su voluntad fue gestar un bebé para una pareja.

-Que el 9 de enero de 2015 nació en el Hospital Español de Mendoza el bebé al que pusieron el nombre de JC. El niño fue recibido en la sala de partos por la Sra. GAC, ("madre genética y procreacional") ya que todos los médicos intervinientes estaban al tanto de la situación, y participaron con alegría y emoción del primer caso de gestación por sustitución en el hospital.

-Que el médico extendió el certificado de nacido vivo de JC a nombre de quien dio a luz (OAV) y el día 12 de enero la Sra. OAV y el niño fueron dados de alta.

-Al día siguiente la Sra. OAV se presentó ante el Juzgado, por solicitud de la Asesora de Menores, pero se decidió suspender la audiencia.

-El 14 de enero la Sra. OAV se presenta espontáneamente a solicitar el reconocimiento de filiación del recién nacido, en la justicia de Familia. Ante la urgencia y premura del caso, deciden de común acuerdo desistir de la presentación realizada en Autos N° 133/15 del Séptimo Juzgado de Familia y 371/15 del Primer Juzgado e interponer la presente medida de manera independiente a las actuaciones señaladas.

-En cuanto a la inscripción del nacimiento de JC, denuncia que tienen turno en el Registro Civil de Godoy Cruz, para el día 11 de febrero a fin de comparecer personalmente la Sra. OAV y el niño.

-Asimismo, informa que han obtenido turno para el 30 de enero para la toma de muestras a fin de efectuar el examen de ADN entre las partes y el menor.

-Analiza los requisitos de procedencia de la medida autosatisfactiva peticionada, funda en derecho y ofrece prueba.

2. Que a fs. 71 se imprime el trámite previsto en el art. 76 bis de la ley 6354 – MEDIDA AUTOSATISFACTIVA- como ACCIÓN DECLARATIVA PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN DEL NIÑO RECIÉN NACIDO, y se ordena correr vista a la Asesora de Menores.

3. A fs. 72 la Dra. Nancy Ferrer, titular de la Primera Asesoría de Menores e Incapaces toma la intervención que por ley le corresponde respecto del niño JC, ofrece prueba (estudio de ADN y evaluación a las partes por intermedio del E.I.A.) y pide que se acompañe la partida de nacimiento del niño.

4. A fs. 79 el Dr. Rojas Pascual por la Sra. OAV -acompañando ratificación- informa que los resultados del estudio de ADN estarían listos a partir del 23 de febrero del corriente y que serán presentados en el expediente.

-Manifiesta que atento a que el caso ha tomado relevancia pública, tuvo que aclarar ante la prensa los hechos falsos publicados, en defensa de sus mandantes y de su propia tarea, sin pretender obstruir la actuación de la justicia.

-Solicita que, como medida de no innovar, se le ordene al Registro de Estado Civil la NO inscripción de oficio del menor, hasta tanto se resuelvan las presentes actuaciones.

5. A fs. 82/84, corrida urgente nueva vista al Ministerio Pupilar, la Asesora, Dra. Nancy Ferrer manifiesta que ASUME LA REPRESENTACIÓN DIRECTA del menor, fundado en que el niño continúa indocumentado, sin representantes legales y aún es incierta su identidad.

-Además, plantea la nulidad del contrato firmado por las partes, solicitando se corra vista al Ministerio Fiscal.

-Por último, pide se rechace la medida de no innovar planteada por la actora y se la emplace a acompañar la partida de nacimiento del niño.

6. Que a fs. 85/91 los actores acompañan el resultado de la pericia de ADN, historia clínica y solicitan se fije audiencia de las partes ante el suscripto.

7. A fs. 94 se dispone la remisión a la Asesora Subrogante a fin de asumir la representación promiscua del niño, en virtud de la presentación de fs. 82/84, correr vista al Ministerio Fiscal, poner a disposición de las partes la pericia de ADN, y oficiar al Registro Civil correspondiente a fin de informar si se ha inscripto el nacimiento del menor. Asimismo, se fija audiencia para el 9 de marzo con todas las partes y se dispone que, a la demás prueba ofrecida, se producirá oportunamente y en caso de resultar necesario.

8. Que a fs. 95/98 la Asesora de Menores amplía el pedido de informe ordenado al Registro Civil y plantea incidente de nulidad contra el decreto de fs. 94, último párrafo.

9. Que a fs. 99/101 la titular de la Asesoría de Menores e Incapaces N° 2 DECLINA la intervención ordenada a fs. 94.

10. Que a fs. 102 se tiene por declinada la participación de la 2° Asesoría y se ordena correr vista a los actores de la nulidad del contrato articulada por la Asesora de la 1° Asesoría a fs. 82 vta.

11. Que a fs. 103/104 se resuelve el rechazo del incidente de nulidad planteado a fs. 95/97 por la titular de la Primera Asesoría de Menores.

12. A fs. 105/107 se celebra la audiencia fijada ante el suscripto con la Sra. OAV y el matrimonio GAC-FJJ, en presencia de la Asesora y patrocinados por el Dr. Juan Pablo Rojas Pascual.

A fs. 108 los comparecientes expresan que autorizan al Juzgado a difundir la sentencia en los medios de comunicación, omitiendo el nombre de las partes y del niño.

13. A fs. 109 se ordena urgente pericia del CAI – SALUD MENTAL a practicar a la pareja GAC-FJJ, informe que es agregado a fs. 110.

14. Que a fs. 114/119 el Dr. Rojas Pascual, por los actores, contesta la vista conferida a fs. 102.

15. Que a fs. 125 corre agregado dictamen del Ministerio Fiscal, quien se expide respecto de la pretensión de fondo y a fs. 129/130 de la nulidad del convenio articulada por la Sra. Asesora.

16. Finalmente, a fs. 132/136 dictamina la Sra. Asesora respecto de la medida autosatisfactiva solicitada y también respecto de la nulidad por ella articulada, pasando estas actuaciones para resolver, y

CONSIDERANDO:

Que en autos se ha articulado una ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA, tendiente a determinar la filiación de un niño recién nacido, por una técnica de reproducción humana asistida, para su correcta inscripción en el Registro Civil; todo ello a través del procedimiento previsto en el art. 76 bis de la Ley 6354, es decir como MEDIDA AUTOSATISFACTIVA.

Asimismo, la Sra. Asesora articuló la nulidad del convenio suscripto por las partes. Por ello, se analizarán ambas pretensiones por separado.

1. La acción declarativa de certeza:

Un primer encuadre procesal de la acción no los da el art. 3 del C.P.C. el que expresa: “El poder Judicial interviene, aún sin la existencia de lesión actual, para declarar la norma concreta aplicable en el caso planteado, siempre que el peticionante ostente un interés legítimo”.

-La acción declarativa constituye una vía admisible en supuestos donde existe una situación de incertidumbre acerca de la norma a aplicar en el caso planteado.

-Ha dicho la Jurisprudencia Nacional que la acción meramente declarativa se caracteriza por funcionar acorde a su naturaleza esencialmente preventiva, y deben darse en el caso los recaudos para su viabilidad. Esto es que la declaración de certeza no tenga carácter simplemente consultivo, ni importe una indagación meramente especulativa y responda a un caso que busque precaver los efectos de un acto al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen jurídico federal; que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia y modalidad de una relación o situación jurídica, en la medida que la controversia sea actual y concreta; que la parte actora haya demostrado tener interés jurídico suficiente y por último, que la demandante carezca de otra vía alternativa útil para deducir la pretensión (L.L.1996-E, 124).

-Así las cosas, entiendo que en autos se dan los presupuestos para que la acción declarativa haya sido el camino adecuado para petitionar, pues se trata de tres personas que, de manera conjunta y sin intereses contrapuestos, se presentan ante la justicia para que la misma determine la verdadera filiación de un niño recién nacido quien ha sido gestado a través de técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) y habiendo utilizado la subrogación de un vientre.

-Y es que ni en el actual Código Civil, conforme texto de la Ley 26.264 ni en el nuevo Código Civil y Comercial -t.o. Ley 26.994-, resulta que la figura jurídica de la maternidad por sustitución o maternidad subrogada está legislada, requiriendo entonces los peticionante de una respuesta jurisdiccional que se adecue a su realidad familiar y la del recién nacido.

2. La medida autosatisfactiva:

Frente a situaciones de la naturaleza y las características de la medida solicitada, se da la situación de tratamiento moderno en la doctrina, en la que se justifica prescindir, al menos provisoriamente y máxime en este caso, de la bilateralidad, para garantizar la oportunidad, que en el caso implica el ejercicio efectivo de un derecho.

-Las medidas autosatisfactivas intentan llenar el vacío de la ausencia de solución en aquellos casos en que los justiciables necesitan de una tutela actual ante la característica del conflicto requiriendo de una solución urgente, a fin de no sufrir un perjuicio irreparable, ya sea previniendo un daño o reparando una situación violatoria de un derecho invocado, siendo ineficaz otra vía procesal. Tiene que ver con el criterio de oportunidad.

-La necesidad de otorgar herramientas procesales que satisfaga la necesidad de una pacífica convivencia social, hace que se imponga la necesidad de que todo conflicto tenga una adecuada y oportuna resolución. En aquellas situaciones en que el elemento temporal es tan predominante que, de no hallarse la solución oportunamente, el objeto procesal se agota por el acaecimiento del daño o la consumación irreparable de actos u omisiones que se propone prevenir. Se trata de evitar situaciones que tornen insuficientes, inoportunas y devengan en abstractas. Esto justifica y legitima dejar de lado la secuencia lógica del proceso ordinario.

-En el caso de marras, la medida posee carácter definitivo, por lo que el procedimiento común no se justifica y de no poder evitarse tornaría, ineficaz el derecho del niño a su verdadera filiación y posterior identificación en el Registro Civil. En la legislación procesal de Mendoza se encuentra receptada esta vía en el art. 76 bis de la Ley 6354.

RESUELVO:

1.- NO HACER LUGAR a la nulidad del convenio articulada por la Sra. Asesora a fs. 82 vta./83.

2.- DECLARAR la nulidad absoluta de la cláusula VI, acápites B., C.1 y C.3, y cláusula X del convenio de fs. 7/13, por lo considerado.

3.- DECLARAR la inaplicabilidad del art. 242 y cc. del actual Código Civil, de la Ley 24.540 y del art. 33 y concordante de la Ley 26.413, para el presente caso.

4.- DETERMINAR que la filiación materna y paterna del niño, de sexo masculino, nacido el día 9 de enero del 2015, a las 00.23 hs., en el Hospital Español, Departamento de Godoy Cruz, Mendoza, corresponde a los Sres. GAC, DNI y FJJ, DNI ..., por lo considerado.

5.- A fin de proceder a la inscripción de su nacimiento, líbrese oficio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con jurisdicción territorial en el domicilio del lugar del nacimiento, departamento de Godoy Cruz, Mendoza, (art. 27 inc. b-, Ley 26.413) para labrar la correspondiente acta de nacimiento con los datos del niño precedentemente individualizados, debiendo los progenitores proceder a la elección del prenombre del inscripto en ese momento.

6.- IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiriera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional.

7.- Imponer las costas a los presentantes, por no existir contradictor.

8.- Regular los honorarios profesionales del Dr. Juan Pablo Rojas Pascual, en la suma de pesos (\$.....-), conforme art. 10, ley 3641.

9.- Notifíquese a la Sra. Asesora y a la Agente Fiscal con remisión de autos y a los presentantes vía electrónica.-CÓPIESE. REGÍSTRESE.

NOTIFÍQUESE. OFÍCIESE. Oportunamente ARCHIVESE.-FDO.:Dr. Carlos Emilio NEIROTTI - JUEZ DE FAMILIA

Primer Juzgado de Familia.-----

Tribunal: Juzgado Familia 1

