



Este artículo se encuentra disponible en acceso abierto bajo la licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License.

This article is available in open access under the Creative Commons Attribution 4.0 International License.

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política
de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Vol. 75, n.º 75, enero-diciembre, 2020 • Publicación anual. Lima, Perú
ISSN: 3028-9343 (En línea) • ISSN: 0034-7949 (Impreso)
DOI: 10.62450/unmsm.derecho/2020.v75n75.03

ESTRATEGIAS PARA RESOLVER EL PROBLEMA DE FILIACIÓN LEGAL EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Strategies for resolving the problem of legal parentage
in surrogacy

NORA SOLEDAD CISNEROS CAMPOVERDE
Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables
(Lima, Perú)

Contacto: solecisca@speedy.com.pe
<https://orcid.org/0009-0004-2247-3041>

RESUMEN

La falta de regulación de la filiación del menor de edad que sería un nuevo ser viviente producto de la maternidad subrogada ha sido poco tratada. El presente artículo trata de plantear vías para este problema reconociendo que la adopción y la maternidad subrogada son instituciones que tienen principios comunes, pues ambas se fundan en el concepto de familia actual fundado, a su vez, en el principio socio afectivo. Así, los operadores jurídicos tendrán que actuar de conformidad con las normas ya establecidas para crear un procedimiento que involucre a los autores, de manera que al final

del procedimiento se establezca legalmente quiénes son los padres legales del menor de edad en función de sus capacidades y del afecto potencial. Los procedimientos ya ejecutados en el Perú se podrán dar a través del acogimiento de hecho y las sentencias judiciales.

Palabras clave: maternidad subrogada; vientre de alquiler; adopción; principios; control de convencionalidad.

ABSTRACT

The failure to regulate the filiation of the minor who would be a new living being resulting from surrogate motherhood has been little discussed. This article proposes ways to solve this problem by recognising that adoption and surrogacy are institutions that have common principles, as both are based on the current concept of the family, which in turn is based on the socio-affective principle. Thus, legal operators will have to act in accordance with the already established rules to create a procedure involving the perpetrators, so that at the end of the procedure it is legally established who are the legal parents of the minor according to their capacities and potential affection. The procedures already executed in Peru may be given through *ipso facto* acceptance and court decisions.

Keywords: surrogacy; surrogate motherhood; surrogacy; adoption; principles; conventionality control.

Recibido: 15/06/2020 Aceptado: 15/09/20 Publicado: 10/12/2020

1. INTRODUCCIÓN

La controversia sobre si la maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida permitida en el Perú no ha sido superada. El Estado peruano se debe a la Constitución Política del Perú (CPP)¹, así lo establece su artículo 51, donde se manifiesta que «[l]a [CPP] prevalece sobre toda norma legal». Es ella la que señala como deber primordial del Estado garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Estos últimos, de acuerdo con Carlos Santiago Nino (1985, p. 13), son un invento del hombre, una categoría del derecho, pero encuentran un sustento racional en los siguientes principios naturales:

- a) El hombre tiende a entrar en conflicto y buscar la cooperación de otros; así, el derecho cumple el rol de evitar el conflicto y favorecer la cooperación. El principio que «prohíbe imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio» se denomina «principio de la inviolabilidad de la persona» (Nino, 1985, pp. 84-111).
- b) Es valiosa la libre elección individual de los planes de vida; por ello, el Estado y los demás individuos no deben interferir en esa elección; más bien, deben diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes y la satisfacción de sus ideales; así, este principio se denomina «autonomía de la persona» (Nino, 1985, p. 135).
- c) El hecho de que «los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento» conlleva al principio de «dignidad humana». La dignidad resulta ser un valor pretendido, postulado, indemostrable, pero se compone del individualismo, la igualdad y la autodeterminación (Chueca, 2015, p. 50).

1 El artículo 2 de la CPP enumera un conjunto de derechos y el artículo 3 señala que «La enumeración de los derechos establecidos [...] no excluye los demás que la [CPP] garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

Los «derechos humanos» existen porque la persona es inviolable, autónoma y digna. Cada Estado, incluido el Perú, adopta una lista no taxativa de derechos que se compromete a proteger por la propia evolución del derecho.

Los derechos humanos también están contenidos en los diversos tratados internacionales. En ese sentido, los tratados de derechos humanos que haya celebrado el Estado peruano, en virtud de lo establecido por el artículo 55, forman parte del derecho interno. El Perú ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) desde el 9 de diciembre de 1949 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) desde el 12 de julio de 1978. A su vez, aceptó las competencias de la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 21 de enero de 1981, por lo que todo ello es parte del ordenamiento peruano interno.

2. HERRAMIENTAS DE LOS OPERADORES JURÍDICOS PARA INTERPRETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales son garantizados por todo el Estado peruano; sin embargo, ¿cuál es su alcance? ¿Qué herramientas tiene el operador jurídico para resolver un conflicto de derechos?

De acuerdo con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la CPP y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los derechos se interpretan de conformidad con la DUDH, los tratados y los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, además de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (consultas, pronunciamientos, etc.). Por su lado, los artículos 62 y 64 de la CADH establecen que la Corte IDH tiene competencia para conocer casos y consultas sobre la interpretación y la aplicación de los derechos de la CADH.

Debido a que la CPP y el ordenamiento internacional son normas que establecen los lineamientos de todo el Estado, cada medida adoptada por el mismo debe ser analizada por todos los operadores públicos de acuerdo con los derechos fundamentales y sus interpretaciones. Si se determina, con dicho control, que la medida es

contraria a las normas, se podría suprimir o modificar su interpretación de conformidad con lo establecido por la CPP y su interpretación (Corte IDH, 2006, párr. 124; s. f., p. 3).

A esta forma de interpretación se le debe añadir el contexto del Estado, en virtud de su soberanía. La realidad peruana es diversa y compleja. El Perú tiene una diversidad cultural increíble que genera ordenamientos jurídicos con su propia autonomía, como el caso de las comunidades indígenas y campesinas. Sin embargo, los problemas sociales, la discriminación múltiple y los estilos de vida estereotipados enraizados generan que existan desigualdades y diversos grupos vulnerados. Esto hace que, en un país como el nuestro, el análisis de las medidas deba tener un grado de efectividad y realidad. Los derechos humanos forman una utopía realista, puesto que no muestran la felicidad colectiva, sino que se cimientan en una sociedad justa en las instituciones mismas del Estado, reconociendo la realidad política y social (Neves, citado en Habermas, 2010, p. 118). Recordemos que lo importante en una constitución no es el texto en sí mismo, sino la práctica generada por el texto (Nino, 2013, p. 104).

3. LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERÚ

Son dos medidas las que se analizarán en el presente artículo. En primer lugar, la constitucionalidad de la aplicación de la maternidad subrogada y, en segundo lugar, las respuestas ante la filiación del menor de edad producto del uso de la técnica de reproducción asistida denominada «maternidad subrogada». Respecto a lo primero, la única disposición relacionada se encuentra en la Ley General de Salud peruana, donde se explica lo siguiente:

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

Desde una perspectiva literal, la maternidad subrogada estaría prohibida, pues la madre genética en ningún caso coincidiría con la madre gestante. Sin embargo, si aplicamos el Control de Convencionalidad sobre ese artículo, la conclusión es otra. En virtud de la Sentencia *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la Corte IDH identifica un conflicto de derechos en estas circunstancias entre, por un lado, la integridad personal (artículo 5 de la CADH; artículo 1 de la CPP), la libertad personal (artículo 7 de la CADH; artículo 1 de la CPP) y la vida privada y familiar (artículos 11 y 17 de la CADH; artículos 7 y 4 de la CPP) y, por otro lado, el derecho a la vida.

La Corte IDH concluye, sobre el derecho a la integridad², que está ligado íntimamente al derecho a la salud, en concreto a la salud reproductiva, que incluye la libertad de decidir el momento en el que desean reproducirse y tener acceso a la información de los métodos existentes. Por su lado, el derecho a la libertad personal tiene como contenido la capacidad de hacer y no hacer (organizar su vida individual y social) todo lo que esté lícitamente permitido. De otro lado, el derecho a la vida privada y familiar abarca una serie de factores relacionados con la dignidad: su capacidad de desarrollarse, determinar su identidad y definir sus relaciones, asumir la paternidad y la maternidad, incluyendo la decisión de ser padres o madres genéticos/as. Para ejercer este derecho se debe brindar la garantía de acceder a la tecnología médica necesaria³. Finalmente, afirma que el derecho a la vida es un derecho fundamental, prerequisite para el disfrute de todos los otros derechos. Sin embargo, establece que

[1]a «concepción» en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras «en general» que la protección del derecho a la vida

2 Es importante precisar que un derecho de primera generación, como lo es la integridad, deriva en uno de segunda generación, como lo es el derecho a la salud, porque los derechos fundamentales tienen un origen común (Rubio, 2013, p. 203).

3 Ello se deriva de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana.

con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general (Corte IDH, 2012, párr. 264)⁴.

Así, aparentemente desde un control de convencionalidad, la maternidad subrogada resulta permitida. Sin embargo, debemos evaluar el impacto de este acto en la realidad peruana (soberanía de los Estados) para determinar una medida con mayor especificidad. Si bien los tratados son vinculantes, no debemos dejar de lado que, frente a la realidad nacional, los parámetros establecidos resultan utópicos, pues no es posible tomar esta medida en un corto plazo. En ese sentido, existen elementos realistas que harán una incorporación progresiva de técnicas de reproducción asistida, ello en aras de no perder los derechos fundamentales de cada uno de los intervinientes.

Esta medida tendrá que evaluar los diversos supuestos que suponen un acto de maternidad subrogada: sujetos diferentes por su condición socioeconómica, onerosidad o gratuidad de la maternidad subrogada, cosificación de la mujer gestante, decisión de abortar de la otorgante del vientre, entre otras situaciones que plantean por sí solas un problema complejo. A su vez, se debe evaluar el impacto en la mujer que ofrece la maternidad, el impacto en el entorno de la familia biológica y la familia volitiva, entre otros dilemas éticos. A ello se le suma el sistema de salud deficiente y la disponibilidad de recursos de nuestro Estado para efectivizar todos los derechos, incluyendo los de dignidad y libertad (Holmes & Sunstein, 2011, p. 12). Este artículo no pretende abarcar todos los problemas que se suscitan, sino fundamentalmente otorgar una salida para todos estos casos donde ya existe un menor de edad nacido por la técnica de maternidad subrogada y no tiene cómo regularizar su situación.

4 Fernández Sessarego (1990, p. 111) considera que con la fecundación ya se constituye un ser.

4. FILIACIÓN DEL MENOR: PRINCIPIO DE SOCIOAFECTIVIDAD

El avance de las tecnologías y los problemas sociales crean familias diversas (Arraigada, 2002, p. 145). No obstante, la regla general sigue siendo que la filiación es el vínculo por el que se generan todos los derechos subsecuentes entre padres e hijos biológicos. La novedad es que se ha incorporado otro concepto de filiación: la filiación socioafectiva. Esta se perfila como el vínculo en virtud del reconocimiento al vínculo socioafectivo. Ambas filiaciones (biológica y legal) son iguales en dignidad (Varsi & Chaves, 2018, p. 15).

El Perú da amparo otorgando filiación (legal) a los hijos extramatrimoniales, al niño o adolescente frente a otros responsables de alimentos (artículo 93 del Código de los Niños y Adolescentes [CNA]), y a los hijos adoptivos. El Estado aún no otorga filiación legal para los casos específicos de maternidad subrogada; por lo tanto, está pendiente que haga efectivos los derechos consecuentes (identidad del menor, derecho a la familia, parentesco, vida en común sin limitaciones, etc.).

El vacío normativo corresponde fielmente al desconocimiento y a un proceso sociocultural por el que pasa la sociedad. Esta sociedad aún no asimila el concepto de familias ensambladas; por el contrario, solo tiene la idea patriarcal de familia, pese a que tener una familia biológica es un «privilegio». El silencio no es en vano; se trata de un problema fundamentalmente sociocultural y de estereotipos. Así que, antes de empezar nuestro análisis, debemos precisar que, si bien daremos un punto de vista jurídico, este avance debe estar acompañado con un progreso mental como sociedad, así como con el respeto y la empatía por los planes de vida de todas las personas.

Ante la inexistencia de vías, resulta conveniente plantear el problema de si las madres y los padres volitivos/as tienen derecho a la filiación legal con los menores nacidos producto de la reproducción asistida. El artículo 30 de la DUDH establece que «[n]ada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión

de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración». A su vez, el artículo 29 de la CADH establece que las disposiciones de la Convención no pueden ser interpretadas en el sentido de «b) [l]imitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados».

Hoy en día, el afecto pasa a ser el paradigma de la familia (Amarilla, citado en Montagna, 2016, p. 223). La pertenencia a una familia se da en virtud de un proceso psíquico: proteger. Entonces, para ser hijo/a de un hombre y una mujer no basta nacer de su unión así como para ser padre o madre no basta traer a un/a niño/a al mundo. Según Ceccarelli (2015): «El nacimiento (hecho físico) ha de ser transformado en filiación (hecho social) para que, al insertarse en una organización simbólica (hecho psíquico), el niño se constituya en sujeto» (citado en Montagna, 2016, p. 230).

El Estado garantiza la filiación en función de las relaciones sociales, para que todos los sujetos se sientan en un espacio donde puedan efectivizar sus derechos, en especial cuando se trata de efectivizar los derechos de los niños y las niñas. En ese sentido, en un primer punto, no a todos los que acceden a la reproducción asistida se les concederán la filiación legal, puesto que el Estado debe asegurar el vínculo socioafectivo.

5. LAS VÍAS: ADOPCIÓN Y MATERNIDAD SUBROGADA

Las vías utilizadas por los padres volitivos que presentamos a continuación tienen como fundamento a la adopción. Esta es una institución que une padres volitivos con otras personas (menores declarados en riesgo, en el caso de la adopción administrativa, y menores cuando se cumplen los requisitos del CC, en el caso de la adopción judicial)⁵. Los principios de la adopción administrativa son, entre otros, el principio de idoneidad de la familia adoptante, la

5 No se está tocando ni analizando la adopción notarial para mayores de edad.

preservación de los vínculos fraternos y el principio de integralidad en la regulación de las adopciones.

Este último consiste en reconocer a todas las adopciones todos los derechos y las garantías reconocidas para los actores (interés superior del niño, opinión del menor, etc.). Y es que, en general, si comparamos el concepto de adopción como institución con el de maternidad subrogada, vemos que estas instituciones son similares. Primero, comparten la finalidad, ya que buscan efectivizar el derecho a la familia de los padres volitivos y del o de la menor de edad nacido/a. Tanto para la adopción como para la maternidad subrogada se busca mejorar la calidad de vida del o de la menor.

Segundo, ambas se asemejan en la situación de desprotección que presenta el menor. En el caso de la adopción administrativa, se trata de un menor de edad en desprotección declarado; sin embargo, si analizamos los casos de adopción judicial o civil, observaremos que en todos —a pesar de que no se declare— nos encontramos frente a casos de desprotección, ya que se evidencia un riesgo de desprotección en el cuidado de los padres biológicos, al asentir que su hijo es adoptado. Ahora bien, en la maternidad subrogada también hay un riesgo de desprotección. Se trata de un niño en riesgo de desprotección porque sus padres biológicos no lo han aceptado y no hay certeza sobre la idoneidad de sus padres volitivos.

Tercero, coinciden en la mutación de sus conceptos. Al igual que la adopción en su momento, hoy en día la maternidad subrogada está mutando de contenido, pues ya no es catalogada como un contrato; sin embargo, se trata de una institución. En el caso de la adopción, pasó de ser un contrato a una institución que considera al menor de edad como un sujeto de derechos (Salazar, 2002, p. 235). Esta teoría basa la naturaleza de la adopción en el principio de protección integral considerando al niño como un sujeto de derechos.

Cuarto, son asuntos de interés público. La familia podría considerarse como un bien de interés difuso; así, ante su interrupción, el Estado le da la potestad a cualquier persona para denunciar que existe un menor de edad en situación de abandono.

Finalmente, en quinto lugar, ambas son instituciones porque interviene un menor de edad que, por su autonomía progresiva, aún no está en capacidades para decidir; por eso, la autoridad estatal tendrá que ponderar el derecho de paternidad, en sentido amplio, en función de las condiciones que podría darle al menor.

La adopción es una institución en la que el Estado garantiza y tutela el derecho del menor de edad a vivir en familia con dignidad, sin dejar de lado el derecho de los adultos a formar una familia, entendiendo esta última en su más amplia expresión. Se trata de una institución porque, como ya lo hemos afirmado, el Estado debe verificar que la finalidad por la cual se desprende al menor de su familia biológica se cumpla y se asegure la vida plena de todos los miembros de la familia. Así, debe establecer estándares interdisciplinarios de evaluación de la familia, empatía entre la nueva familia y el menor, colocación familiar, y compruebe que, aun cuando el niño se encuentre viviendo con los adoptantes, se esté asegurando el ejercicio de sus derechos. La maternidad subrogada también debe apuntar a la intervención del Estado para asegurar las garantías mínimas de nacimiento, registro y todas las consecuencias que acarrea la creación de una nueva familia por padres volitivos. El Estado debe intervenir —al igual que con la adopción— salvaguardando y garantizando los intereses de todas las partes en cada caso en concreto.

5.1. PRIMERA VÍA: ACOGIMIENTO DE HECHO

La primera vía para regularizar la filiación es el acogimiento de hecho contemplado en los artículos 148 a 153 del Decreto Legislativo n.º 1297 y su respectivo reglamento (DS n.º 001-2018-MIMP). Esta es una figura que está comprendida dentro de la adopción administrativa. Al ser un procedimiento administrativo, los operadores jurídicos están obligados a aplicar los principios de razonabilidad, informalismo, verdad material, privilegio de controles posteriores, entre otros⁶.

6 En el artículo IV del Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, se exponen los siguientes principios: de legalidad, del debido procedimiento, de impulso de oficio, de razonabilidad, de imparcialidad, de informalismo, de presunción de

Las personas que aplican la maternidad subrogada y resultan ser padres idóneos para él o la menor de edad son titulares de su autonomía de la voluntad; mientras que el menor de edad es titular de la dignidad (que va de la mano con el principio de protección del menor de edad, el interés superior del niño y la autonomía progresiva).

Se produce cuando una(s) persona(s) con vínculo familiar o sin él, sin contar con título jurídico ni obligación legal, asume(n) de manera voluntaria, continua y transitoria las obligaciones de cuidado y protección de un/a niño/a o adolescente (artículo 148). La persona que asume el acogimiento de hecho o cualquier otra persona que conozca de esta situación debe comunicarlo a la autoridad competente. Esta, a su vez, debe solicitar al acogedor información sobre la niña, el niño o el/la adolescente, así como la forma y las circunstancias en que asumió las obligaciones de su cuidado (artículo 149). Así, en virtud de estos artículos, independientemente de dónde provenga el menor, si una persona asume el cuidado y la protección de un menor, esta puede solicitar que evalúen el caso. Cabe precisar que este mecanismo de regulación de la filiación solo procede para personas residentes en el Perú. En ese sentido, constituye una limitación que no se aplique para los casos de maternidad subrogada internacional.

Al ser una figura que puede prestarse al tráfico ilícito, cuando la autoridad competente reciba la información de un acogimiento, debe verificar la situación sociofamiliar del niño, niña o adolescente acogido. A los efectos de la decisión de adoptar respecto a la situación de la niña, el niño o el/la adolescente, se deben tener en consideración los siguientes criterios: a) la necesidad de asegurar que se encuentren a cargo de personas idóneas; b) el vínculo de apego que pueda existir entre el acogedor de hecho y la niña, el niño o el/la adolescente; c) evitar que se consoliden de modo fraudulento vínculos con niñas, niños o adolescentes en situación de desprotección familiar; d) promover la seguridad jurídica a favor de la niña, el niño o el/la adolescente. Así,

veracidad, de buena fe procedimental, de celeridad, de eficacia, de verdad material, de participación, de simplicidad, de uniformidad, de predictibilidad o de confianza legítima, de privilegio de controles posteriores, del ejercicio legítimo del poder, de responsabilidad, y de acceso permanente. Estos principios no tienen carácter taxativo.

un beneficio de optar por este mecanismo es que se garantiza, por evaluación propia del Estado, la idoneidad de todos los actores para conformar una familia.

Después de verificar la situación, «si se comprueba que el acogedor otorga al niño, niña y adolescente los cuidados que necesita y no procede abrir procedimiento por desprotección familiar, [la autoridad competente comunica] los hechos al juzgado de familia o mixto para que constituya la tutela y ejerza las medidas de control y vigilancia» (artículo 152). No obstante, «[s]i se comprueba que puede existir una situación de desprotección familiar, la autoridad competente abre el procedimiento respectivo según lo dispuesto en el artículo 18» (artículo 152). El artículo 153 establece que «[l]os actos realizados por la persona acogedora de hecho de conformidad con el interés superior de la niña, niño o adolescente no pueden ser anulados». Finalmente, la familia que asume el cuidado por haber acudido a la técnica de maternidad subrogada puede tener la tutela familiar en caso de que se compruebe la idoneidad de todos los actores, en virtud del interés superior del niño.

La aplicación de esta vía para regularizar la filiación de la maternidad subrogada tiene muchas ventajas, pues los recursos humanos y logísticos están implementados. Asimismo, debemos recordar que existen estudios que manifiestan que la relación entre las técnicas de reproducción asistida y la adopción resultan inversamente proporcionales, por lo que los recursos siempre serían los mismos.

5.2. PROCESO JUDICIAL DE ADOPCIONES: ¿SEGUNDA VÍA?

La segunda vía es la vía judicial. Sin embargo, si bien se ha considerado esta una vía idónea, se debe tener en cuenta que desconoce la realidad de la existencia de la maternidad subrogada, ya que el supuesto de la adopción civil se da cuando se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes (CNA), requiriéndose que se «posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción». Esta vía es estudiada porque la Corte Suprema resolvió la Casación n.º 563-2011-LIMA, respecto de una

maternidad subrogada, otorgándole la filiación a la familia volitiva desconociendo que era un caso que no cumplía con los requisitos de la adopción.

La sentencia de la Casación n.º 563-2011-LIMA trata de lo siguiente: 1) A y B deciden tener una hija mediante las técnicas de reproducción asistida (específicamente, la maternidad subrogada); 2) el hermano de A tiene un hijo (P) comprometido con C (dicha familia tiene dos hijos); 3) A y B deciden que esta pareja sea la gestante; 4) C aporta sus óvulos y, con el semen de B, se concibe a la menor llamada Vittoria; 5) en su acta de nacimiento, Vittoria es inscrita como hija de C y P; 6) Vittoria es entregada a A y B a los nueve días de nacida y continúa con ellos hasta el día de hoy; 7) A y B inician los trámites de adopción; 8) al principio, C acepta, pero luego desiste; 9) C acepta haber recibido de A y B montos que ascienden a 18 900 dólares americanos.

La solución que da la casación es otorgarle la adopción a A y B. El aporte de la sentencia es exponer que la maternidad subrogada se puede reconocer a través de la adopción sin tomar en cuenta los requisitos legales. Así, considerando que el único requisito faltante es el asentimiento de la madre biológica, pero, además, está en juego el asentimiento de los padres volitivos y el derecho de la menor de edad a tener una familia (que la quiera como hija), en virtud del interés superior del niño, prima el derecho de vivir en familia del menor de edad. Subsana este requisito, procede la adopción. Esa no puede ser una solución si tomamos en cuenta que, por la verdad material, la niña tiene como padre biológico a su padre volitivo, mientras que tiene como madre biológica a la gestante; sin embargo, se inscribe en registros como hija de la gestante y el esposo de la gestante. Desconociendo esta realidad, luego procede la adopción.

Ahora bien, resolver casos no solo supone dictar una sentencia, sino también, en casos como estos donde haya conflicto de derechos, realizar una ponderación. A su vez, la decisión final debe aplicarse al caso concreto, es decir, ser una regla específica, sin dejar de ser general (aplicable a similares). El juez se debe desprender de prejuicios y estereotipos al momento de resolver acorde con los principios

y normas existentes. Así, en una circunstancia donde la cuestión controvertida es determinar la filiación del o la menor, el juez tendrá que ponderar los derechos de todos los intervinientes (autonomía por parte de los padres biológicos y volitivos, y dignidad del menor de edad). Claramente, a través de estos casos nos damos cuenta de que no existen herramientas para resolver un caso de filiación por la vía judicial, a menos que se aparten de la regulación existente. Los jueces, en aras de ceñirse a alguna norma, han desconocido la realidad⁷.

Otra crítica a la presente resolución es que no se trata solo de determinar el interés superior del niño. Recordemos que ningún derecho resulta absoluto y que en cada circunstancia siempre se debe realizar un test de ponderación. En la adopción existen otros principios que ya han sido explicados y deben ser respetados.

La mirada del medio consiste en no considerar el interés superior del niño como algo absoluto (utopismo ilegítimo), ni evaluar con quién tiene el vínculo familiar en la realidad; por el contrario, se procura adoptar una postura intermedia en donde se considere a todos los sujetos, con sus condiciones parentales y sus deseos de ser padres como parte de sus proyectos de vida (tanto de los biológicos como de los volitivos), y se respete el interés superior del niño.

Una respuesta judicial que desconoció la legislación al inscribir a un menor de edad con los padres volitivos, sin pasar por un proceso de adopción, es la Sentencia recaída en el Expediente n.º 06374-2016 del Quinto Juzgado Constitucional. Se trata de los esposos A y F, así como de los cónyuges E y G, y los menores de iniciales L. N. N. R. y C. D. N. R. contra el Reniec. Los demandantes (A, F, E y G) solicitan que se deje sin efecto la resolución en la que se declara improcedente la rectificación de actas de nacimiento de los menores. En este caso, todos los actores están de acuerdo con que se registre al menor de edad con los padres volitivos. La sentencia del Quinto Juzgado Constitucional reafirma la permisión de las técnicas de reproducción asistida y ordena al Reniec a que se inscriba al menor de edad con los padres volitivos.

7 No olvidemos que una de las defensas de la demandante Zenaida Castro era que los padres volitivos no tenían idoneidad moral, ya que habían engañado a las autoridades simulando esta adopción que, en realidad, era una maternidad subrogada.

Landa reconoce la fuerte vinculación del control difuso en el ordenamiento interno. Dworkin manifiesta que el juez debe ejercer derecho y debe llegar a una conclusión específica dentro de lo general, sin llegar a ser individual, pero que tenga en cuenta los eventos futuros y las repercusiones, pues todo debe encajar como en una novela; en otras palabras, el juez debe crear sentencias que generen continuidad con todo el ordenamiento, incluyendo en ellas las otras sentencias. Es en ese sentido que, sobre maternidad subrogada internacional, se pronuncia Alemania cuando manifiesta que basta con que una sentencia haya reconocido a la maternidad subrogada, sea cual sea el caso, para que esta no contravenga el orden público y esté permitida en todo el ordenamiento español. Recordemos que en el caso de Perú el reconocimiento se dio a través de la Sentencia n.º 6374-2016 del Quinto Juzgado Constitucional, cuya controversia radicaba en otorgarle o no el DNI al menor de edad con el apellido de los padres volitivos. Así, los siguientes pasos serán crear mecanismos en el derecho legislativo o el derecho judicial para efectivizar los derechos legítimos generados por la elección de la maternidad subrogada como método entre las técnicas de reproducción asistidas existentes.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se deben plasmar medidas eficaces para resolver el problema de filiación por maternidad subrogada, respecto a los menores de edad sin identidad, que les aseguren otros derechos como los alimentarios, patrimoniales y de sucesión. Consideramos que, entre todas las alternativas existentes, la administrativa equiparada con la adopción es la idónea. La alternativa administrativa supone un personal adecuado e ideal ya establecido y capacitado de la Dirección General de Adopciones del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables; a su vez, resuelve el problema de la relación inversa entre la adopción y el uso de las técnicas de reproducción asistidas. De todas formas, es necesario implementar una reforma normativa que regule e implemente una política destinada a ello.

REFERENCIAS

- Arraigada, I. (2002). Cambios y desigualdad en las familias latinoamericanas. *Revista de la Cepal*, (77), 143-161.
- Chueca, R. (dir.). (2015). *Dignidad humana y derecho fundamental*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (s. f.). B-32: *Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica»*. <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>
- Congreso Constituyente Democrático. (1993). *Constitución Política del Perú*. https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1993/Texto_actualizado_CONS_1993.pdf
- Congreso de la República. (2004). *Código Procesal Constitucional. Ley n.º 28237*. Lima: 28 de mayo de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (s. f.). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Número 7. Control de Convencionalidad*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2006). *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* [Sentencia]. San José: 26 de setiembre de 2006. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (2012). *Caso Artavia Murillo y otros («fecundación in vitro») vs. Costa Rica* [Sentencia]. San José: 28 de noviembre de 2012. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Fernández Sessarego, C. (1990). *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*. Universidad de Lima.
- Habermas, J. (2010). La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 105-121. <https://doi.org/10.30827/acfs.v44i0.501>

- Holmes, S., & Sunstein, C. (2012). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo Veintiuno Editores.
- Ministerio de Justicia. (2019). *Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: 22 de enero de 2019. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf?v=1560434051
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2018). *Decreto Legislativo n.º 1297. Decreto Legislativo para la protección de niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos*. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/pnaia/pdf/Decreto-Legislativo-1297-para-Proteccion-nna.pdf>
- Ministerio de Salud. (1997). *Ley N.º 26842. Ley General de Salud*. Lima: 15 de julio de 1997. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842>
- Montagna, P. (2016). Parentalidad socio-afectiva y las familias actuales. *Derecho PUCP*, (77), 217-233. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201602.010>
- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París: 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Nino, C. (1985). *La validez del derecho*. Editorial Astrea.
- Nino, C. (2013). *Fundamentos de derecho constitucional* (4.ª reimp.). Editorial Astrea.
- Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima. (2017). *Sentencia recaída en el Expediente n.º 06374-2016-0-1801-JR-CI-05*. Lima: 21 de febrero del 2017. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciclar-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf

- Rubio, P. (2013). Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*, (71), 201-230. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.008>
- Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. (2011). Sentencia Casación n.º 563-2011-LIMA. Lima: 6 de diciembre de 2011. <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e/CAS%2B563-2011.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=53f1df80469c5c91b51bfdac1e03f85e>
- Salazar, G. (2004). La naturaleza jurídica de la adopción y reflexiones acerca de su irrevocabilidad: Una visión desde los derechos humanos específicos del niño. *Foro Jurídico*, (3), 234-243. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18359>
- Varsi, E., & Chaves, M. (2018). La multiparentalidad-la pluralidad de padres sustentados en el afecto y en lo biológico. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada*, (48), 133-157.