



Universidad Científica del Perú
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Programa Académico de Derecho

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL MÉTODO DE CASO JURÍDICO

**“PROCEDENCIA DE ADOPCION DERIVADA DE UN ACUERDO DE
VIENTRE DE ALQUILER”**

CASACION N° 563 - 2011- LIMA

PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AUTORA : CARMELINO CHIRINOS, STEFANI BERYL

Iquitos – Perú

2017

PAGINA DE PROBACIÓN

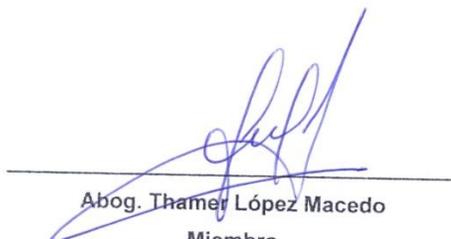
Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentado en acto público, a las 19:00 horas del día **miércoles 02 de agosto del año 2017**, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



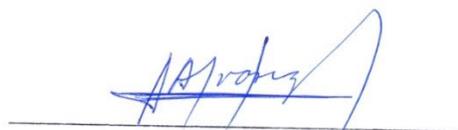
Dr. Roger A. Cabrera Paredes
Presidente



Abog. Néstor Fernández Hernández
Miembro



Abog. Thamer López Macedo
Miembro



Mgr. Aristóteles Álvarez López
Asesor

DEDICATORIA

El presente método del caso se lo dedico en primer lugar a mi madre Maria Esther, quien fue mi pilar y mi ejemplo a seguir desde que elegí la carrera profesional de Derecho

A mi padre Domingo, por ser quien me enseñó a no rendirme nunca a pesar de las adversidades.

A Thiago, quien me guía desde el cielo y está presente en cada paso que doy y finalmente a todas aquellas personas quienes me proporcionaron información.

La Autora

AGRADECIMIENTO

Un total agradecimiento a la Universidad Científica del Perú.

A mis maestros y amigos por su desprendido apoyo; sin ellos no hubiera sido posible culminar esta tesina.



FACULTAD DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 19:00 horas del día Miercoles 02 del mes de Agosto del año 2017, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller:

STEFANI BERYL CARMELINO CHIRINOS

En la modalidad de: TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO, con el tema "Procedencia de Adopción Derivada de un Acuerdo de Vientre de Alquiler". Casación N° 563-2011-Lima

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

Table with 5 columns: Indicador, Examinador 1, Examinador 2, Examinador 3, Promedio. Rows include Dominio del Tema, Calidad de redacción, Competencia expositiva, Calidad de las respuestas, Uso de terminología especializada, and Calificación final.

Calificación final (en letras) DIECISIETE

Leyenda:

Legend table with 3 columns: Indicador, Descripción, Puntaje. Rows A (Deficiente, 1), B (Regular, 2), C (Satisfactoria, 3), D (Optima, 4).

Presidente :Dr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO

Handwritten signatures and labels (Firma) for the President and two members.

INDICE DE CONTENIDO

	Pag.
ÍNDICE DE CONTENIDO	
APROBACION	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
RESUMEN	v
CAPÍTULO I:	
Introducción	01
CAPÍTULO II	
2.1. Marco Teórico Referencial	03
2.1.1 Definiciones Teóricas	03
2.1.2. Definiciones Conceptuales	06
2.2. Objetivos	59
2.2.1. Objetivo General	59
2.2.2. Objetivos Específicos	59
2.3. Variables	59
2.3 Identificación de Variables	59
2.4. Supuestos	60
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología	61
3.2. Muestra	61
3.3. Técnicas e Instrumentos de Recolección de Datos	61
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	61

3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	62
3.6. Plan de Análisis, Rigor y Ética	62
CAPÍTULO IV: Resultados	63
CAPÍTULO V: Discusión	65
CAPÍTULO VI: Conclusiones	67
CAPÍTULO VII: Recomendaciones	68
CAPÍTULO VIII: Referencias Bibliográficas	69
CAPÍTULO IX: Anexo	70

RESUMEN

La presente Casación trata acerca del primer caso de vientre de alquiler en el Perú enmarcado en un supuesto de adopción, donde se evidencia que las partes acordaron una fecundación asistida con la intención de mejorar su situación económica, producto de lo cual nació una menor de nombre Vittoria Palomino Castro, quien fue entregada a los demandantes desde que contaba con nueve días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades como padres.

Objetivo: Determinar la procedencia de adopción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler. Identificar si la ausencia de voluntad de la madre que alquiló su vientre de alquiler pueda impedir la adopción del menor. Determinar si la adopción por excepción en casos de vientre de alquiler es procedente. **Material y Métodos:** Se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en el expediente judicial Casación N° 563 – 2011 LIMA, a través de un método descriptivo explicativo. El diseño fue no experimental ex post facto. **Resultados:** Declararon INFUNDADA el recurso de casación, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz. **Conclusiones:** Tenemos en el Perú un precedente vinculante en materia de maternidad subrogada en donde se primó el interés superior del niño, en base a circunstancias particulares que rodearon el caso, cuál era lo más beneficioso para el desarrollo del niño en un ambiente idóneo.

Palabras Claves:

Casación / Adopción / Fecundación Asistida / Vientre de alquiler/ Padres Biológicos / Interés Superior del Niño.

CAPITULO I

INTRODUCCION

En la actualidad se estima que la infertilidad afecta entre el 16 % y el 20% de personas cuyas causas y consecuencias son múltiples dependiendo del género, los antecedentes sexuales, el estilo de vida, la sociedad y los antecedentes culturales de las personas involucradas. Con el transcurrir del tiempo, así como el avance de la medicina y la ciencia, se presentan las técnicas de reproducción asistida como una opción para remediar la esterilidad a través de métodos que suplantán la reproducción natural a los que están dispuestos a pagar grandes sumas de dinero.

Una complejidad mayor se presenta con la aparición de la figura “maternidad subrogada” o más conocida como “madre de alquiler” mediante el cual una pareja “alquila” el útero de una tercera mujer para que lleve adelante la gestación.

A la par aparece una nueva figura como es la adopción por excepción, que viene a ser una medida de protección al Niño y Adolescente, dictado por un Juez, bajo la vigilancia del Estado, se realiza cuando hay un vínculo entre adoptado y adoptante. Aquí, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante.

EI PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA, en este caso es determinar si procede la adopción por excepción por convenio de vientre de alquiler, determinar si el interés superior prima sobre el derecho de la madre biológica. Determinar si el vientre de alquiler no está regulado en la legislación nacional y determinar la Ley General de Salud regula el tratamiento de infertilidad, y no regula el vientre de alquiler ni la prohíbe.

En nuestro país, existe como **antecedentes** el primer precedente vinculante de Casación de la Corte Suprema N°563-2011 en la cual trata acerca de los esposos doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone encargan la gestación a Isabel Zenaida Castro Muñoz, a cambio de una suma de dinero y con la condición de que la niña sea entregada a los mismos una vez nacida. La fecundación en la madre de alquiler se realizó con el gameto de don Giovanni Sansone (quien no solo es el padre biológico sino también es tío abuelo por afinidad de la menor). Sin embargo, la menor Vittoria Palomino Castro tras el nacimiento fue inscrita a favor de la madre biológica (Isabel Zenaida Castro Muñoz) y de su

conviviente Paul Frank Palomino Cordero quien realizó con reconocimiento de complacencia quién a su vez era hijo de Jose Palomino Quicaño hermano de la mujer comitente Dina Felicitas Palomino Quicaño. A los nueve días de nacida la menor fue entregada a los esposos contratantes quienes interponen una demanda de adopción civil por excepción invocando el artículo 128.b del Código de Niños y adolescentes. Los demandados (Isabel Zenaida Castro Muñoz y su conviviente) contestan la demanda y se allanan, sin embargo, los padres legales se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción.

Asimismo, la **importancia de este trabajo** trata de los supuestos que se presenta en las adopciones relacionado a los casos de convenios de vientre de alquiler, dentro del aspecto jurídico, si bien no está regulado en la legislación nacional, sin embargo es un gran paso el que se haya emitido esta casación que permite sustentar como proyecto de ley para incorporar dentro del Código Civil de familia los supuestos casos de vientre de alquiler, así como debe incorporarse como una forma de adopción a fin de evitar las suplantaciones de embarazo, la inscripción de los niños con apellidos de supuestos padres biológicos.

Por estas **razones** se deja establecido que para este proceso de adopción en la casación materia de estudio prima la aplicación del principio superior del niño sobre el derecho de la madre biológica, sin embargo en la práctica se da casos donde se realiza el alquiler de vientre sin regulación alguna, por lo que es importante se regule en el Código Civil en materia de familia todo lo relacionado con el vientre de alquiler para solucionar las incertidumbres jurídicas, como se tiene desarrollado esta materia en algunos Estados de México, en Estados Unidos en los Ángeles.

Por lo que, el **objetivo** a investigar es determinar la procedencia de adopción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler, citando como ejemplo la casación N°563-2011-Lima, mientras que los **objetivos específicos** son determinar la procedencia de adopción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler. Identificar si el arrepentimiento de la madre que alquiló su vientre pueda impedir la adopción del menor y determinar si la adopción por excepción en casos de vientre de alquiler es procedente.

CAPITULO II

2.1. MARCO TEORICO REFERENCIAL

2.1.1. Definiciones Teóricas

AGUILAR LLANOS, Benjamin. (2008), en su investigación titulada “La Familia en el Código Civil Peruano” llego a las siguientes conclusiones:

La adopción deriva del latín adoptio onem derivado del verbo adoptare, que se compone del prefijo ad y del verbo optare que significa desear. La adopción es una institución social que viene a satisfacer, por un lado, el anhelo de paternidad en personas que por diversos motivos la naturaleza les ha negado la posibilidad de procrear, y por otro lado otorga una familia a aquellas personas que no la tienen, o que teniéndola no encuentran en ella el calor de una filiación digna y solidaria. La adopción en el Perú ha pasado por etapas en las que llego a cumplir los fines humanitarios que todos deseamos, por hubo también épocas en las que la legislación permisiva, en conclusión con malas autoridades sirvió para que se utilice con fines mercantilistas, en donde se puso precio a la adopción, sobre todo cuando esta se trataba de la adopción internacional, caracterizándose esta oscura etapa, por el precio que se pagaba a las madres solteras por entregar a sus hijos a personas extranjeras, quienes, con un trámite irregular y en breve termino, conseguían de malos jueces, en contubernio con malos fiscales y abogados que patrocinaban estas causas.

IBAÑEZ MARTEL, Jaime. en su investigación titulada “La Adopción” llego a las siguientes conclusiones:

La adopción es de origen muy antiguo, con diversos matices y variantes. Fue utilizada en numerosos pueblos de la antigüedad, tales como la India, China, Egipto y otros, pero fue en Roma donde alcanzó su máxima importancia.

En el derecho Justiniano la *datio in adoptione* tenía lugar mediante una declaración de voluntad del pater familias adoptante, del consentimiento del adoptado y de quien le tenía bajo su patria potestad: todo ello ante el Magistrado, quien autorizaba la adopción.

Fue Justiniano quien estableció dos tipos de adopción radicalmente distintos: la *adoptio plena* esto es, la adopción tal como había sido conocida en el derecho romano antiguo: el adoptado de una manera completa ingresaba como un nuevo miembro del grupo familiar con todos los derechos y obligaciones.

La *adoptio minus plena* creada por Justiniano no desvincula al adoptado de su propia familia, ni lo substraer de la potestad del pater familias del grupo a que naturalmente pertenece.

El Código Civil Napoleón implantó en Francia esta institución. Las disposiciones que sobre la materia contenía el Código francés fueron introducidas con el apoyo del Consejo de Estado y por el vivo interés que manifestó el Primer Cónsul, quien a través de este artificio jurídico, pretendía asegurar la sucesión de la dinastía imperial, tan ambiciosamente deseada por el Gran Corso, a fin de asegurarse la sucesión por vía hereditaria, del imperio que había de crear en breve.

El código civil francés establece que solo podrán ser adoptados menores de edad y en todo caso deja subsistente el vínculo de parentesco natural del adoptado.

GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. (2009) en su investigación titulado “Manuel de Derecho de Familia” llego a las siguientes conclusiones:

Para Belluscio “La adopción es la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación...” (Belluscio,1979, tomo II:239)

La adopción se establece en una relación paterna o materno filial entre dos personas que no lo son por naturaleza, relación que genera los mismo derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos, como si se tratara de una relación paterno o materno filial natural. Lo que natura no da, judicatura lo otorga con la solemnidad señalada por la ley.

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2008), en su investigación titulada “Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia” llego a las siguientes conclusiones:

Bonnetcase predica que “...el termino adopción (..) comprende dos cosas distintas por una parte, la institución de la adopción; por la otra, el acto de adopción.- la institución de la adopción tiene por objeto permitir y reglamentar la creación, entre dos personas, de un lazo ficticio o, más bien, meramente jurídico de filiación legitima.- el acto de adopción es un acto jurídico sometido a formas particulares, por medio del cual los interesados ponen en movimiento, a favor suyo, la institución de la adopción.

Barbero sostiene que la adopción es una relación que imita el parentesco, pero que no es parentesco: esta deriva de la sangre, la adopción de la voluntad. Es una relación cuya finalidad es la de ir al encuentro del deseo de filiación en quien no tiene hijos por naturaleza.

ROJAS SARAPURA, Walter Ricardo. (2006), en su investigación titulada “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia”, llego a las siguientes conclusiones:

La institución de la adopción aparece en el primer código civil de 1852, recogiendo el modelo del código napoleónico, no obstante que sus características eminentemente contractualistas, y de interés particular la convirtió en una figura jurídica ajena al beneficio del menor, ahora llamado en situación especial o irregular. La comisión reformadora de ese código planteo la necesidad de eliminarla la idea no próspero y al promulgarse el código civil de 1936, se le dedico al título IV de la sección cuarta del libro de familia, admitió las dos formas de adopción: La plena y la menos plena, esta última solo se limitó a la obligación del adoptante de alimentar al adoptado, educarlo y darle carrera u oficio, procedía cuando el adoptado era menor de 15 años de edad, y a sus efectos cesaban al llegar el adoptado a su mayoría de edad, con la salvedad fijada en la última parte del artículo 347° del cuerpo de leyes. Sin, embargo los requisitos exigidos al pretendiente adoptante en esta forma de adopción, eran los mismos que los requeridos para la adopción plena, esta figura de la adopción no tuvo mayor aceptación contenida en el código civil de 1936, tuvo

como principal objetivo llenar el vacío producido por la falta del hijo biológico o favorecer económicamente al adoptado. Por sus características contractualistas, concepción romanista, civilista, de acuerdo de voluntades, del consentimiento, etc que pueda afirmar que se olvidó de lo prevalente: el interés del menor.

Al ponerse en vigencia el código de menores el 1 de julio de 1962, a través del artículo 68°, la institución de la adopción surge con características definidas en cuanto se refiere a los menores abandonados o en peligro moral de 14 años de edad o menos. Autorizo al juez de menores a dispensar al adoptante de los requisitos señalados en los 3 primeros incisos del art 326° del código civil. Esta adopción menos plena, en su primer año, fue casi desconocida.

2.1.2. Definiciones Conceptuales

NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

AGUILAR LLANOS, Benjamin. (2008), en su investigación titulada “La Familia en el Código Civil Peruano” llego a las siguientes conclusiones

Adopción como Acto Jurídico:

Mazeaud y Bonnacase sostienen que se trata de un acto jurídico unilateral, esto es, manifestación de la voluntad encaminada directa y reflexivamente a producir efectos jurídicos. Se puede entender esta teoría en tanto que la voluntad de adoptar es libre y nace con el pretendiente, sin embargo, ello no es suficiente, porque para que proceda la adopción es necesario el consentimiento del padre o madre del adoptado, y en su caso de la autoridad pertinente que aprueba y si fuere el caso, también el consentimiento del adoptado

Adopción como Contrato:

Tesis que tuvo acogida en el código napoleónico, y ello porque en esa época la adopción se refería principalmente a las personas mayores de edad y se formalizaba por voluntad de las partes, el consentimiento del adoptante y adoptado era lo esencial en el contrato, y si el adoptado era menor de edad, la aceptación

venia por parte del representante legal. Planiol y Ripert, se encuentran entre los autores de esta tesis.

Adopción como institución:

Los requisitos, formalidades y efectos se encuentran estipulados con precisión en la ley, con prescindencia de la voluntad de las partes, correspondiéndoles solo a ellas adheridas a tales disposiciones, sin que puedan modificar ni alterar las consecuencias que produce la adopción.

CARACTERISTICAS DE LA ADOPCION

✓ **Es un acto jurídico:**

La adopción no es un contrato, porque la voluntad coincidente de las partes no puede crear ni las condiciones de realización, ni los efectos que producirá la misma, estando todo ello establecido por el orden público y sin que se permita a las partes separarse lo más mínimo de lo estatuido. Es pues, un acto jurídico y se encuentra entonces regido por la teoría general de dicha clase de actos.

✓ **Solemne**

La adopción es un acto solemne porque debe ser hecho necesariamente en la forma que la ley prescribe, bajo pena de nulidad. Las formalidades exteriores de que se reviste el acto son de las que se llaman “ad solemnitatem” y no solamente “ad probationem”

✓ **Bilateral**

El carácter de bilateral de la adopción resulta del necesario concurso de voluntades para que la misma se perfeccione. En el derecho actual a la voluntad del adoptante, debe sumarse la de los padres, tutores o guardadores si es menor y si es mayor, desde luego la del adoptado.

FINALIDAD DE LA ADOPCION

HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. (2008) en su investigación titulada “Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia” llego a la siguientes conclusiones:

Valencia Zea afirma que la adopción “tiene por objeto dar al adoptado la posición de hijo legítimo frente al adoptante, quien asume la de padre o madre legítimos...”

Para Christensen, “la adopción no tiene por finalidad imitar a la naturaleza dando consuelo a los padres que no tienen hijos, sino acordar una condición legítima al ser que se ha educado a los padres que no tienen hijos, sino acordar una condición legítima al ser que se ha educado, instruido y por quien se tiene un afecto igual al que un buen padre siente por hijos”

A criterio de Messineo, “ la finalidad de la adopción es doble: a) dar una familia a quien carezca de ella y, correlativamente, dar hijos a quien no se los ha dado la naturaleza (sin embargo, la adopción realizado no impide al adoptante pasar a matrimonio, del cual, por tanto, podrá tener hijos propios, o a quien no los tenga ya; b) sobre todo, procurar al adoptado el beneficio patrimonial de poder ser heredero legítimo, o legitimario, del adoptante, además de serlo de los propios progenitores y de los otros parientes propios.

ADOPCION POR EXCEPCION

El proceso judicial de adopción se realiza ante el juzgado de familia, funciona sin necesidad de una declaración judicial de abandono, pero solo para determinados casos, tal como lo establece el artículo 128° del código de niños y adolescentes.

Así, procede a favor del que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar. En este caso, el niño o adolescente mantiene los vínculos de filiación con el padre o madre biológica.

También procede para el caso del que posea vinculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con el niño o adolescente pasible de adopción.

De acuerdo con el art. 115 del Código de los Niños y Adolescentes, la adopción es una medida de protección al niño y adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Es sí, que el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

El art. 377 del Código Civil Peruano establece que, por la adopción, el adoptado, adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

Se podrá iniciar la acción judicial, sin que exista una declaración de abandono del menor, cuando:

1. El que tenga vínculo matrimonial con el padre o la madre del niño o adolescente por adoptar. Es así, que en esta situación el niño o adolescente conserva los vínculos con el padre o madre biológicos. Es decir, en este caso, podría tanto el padrastro o la madrastra solicitar la adopción del hijo del cónyuge, cuando se tenga un vínculo matrimonial con el progenitor.

2. El que tenga un vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción. En este caso, por ejemplo, podría ser la tía o el tío del menor quien solicite la adopción por excepción¹.

PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. GUTIERREZ CACACHO, Walter y REBAZA GONZALES, Alfonso. (2007) en su investigación titulada “CODIGO CIVIL COMENTADO” llego a las siguientes conclusiones:

Requisitos generales que se aplican para la Adopción por Excepción, según el art. 378 del Código Civil Peruano:

- ✓ **Que el adoptante tenga solvencia moral.**

¹Información sacada de la página

file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf

La solvencia moral se explica por obvias razones, ya que la adopción busca proveer al adoptado de un clima familiar adecuado a su formación por la existencia de los indispensables valores éticos, es por ello que se evita prohijamiento de personas dedicadas a la delincuencia, vicio o vagancia. Este requisito no es tan sencillo de probar pues no bastan los certificados de antecedentes penales, judiciales o de buena conducta, sino que es fundamental demostrar que la vida llevada por el futuro adoptante ha sido adecuada y que puede ofrecer al adoptado la esencia y trascendencia de las relaciones humanas. Es que la adopción procura la formación material moral de seres humanas que sean útiles para sí y para los demás, de allí que el menos debe recibir una formación moral y la moral no se enseña solamente con palabras sino con el ejemplo vivo y constante.

- ✓ **Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar.**

De la adopción se ha dicho siempre que *naturam imitat* en el sentido de que mediante esta institución buscamos imitar a la naturaleza. Lo que se tiene en miras al otorgar la adopción es generar un vínculo familiar que se parezca lo más posible al biológico.

Se puede ser padre a partir de cierta edad y resultaría monstruoso y antinatural que el hijo sea mayor que su propio padre. Ordinariamente no se es padre o madre antes de cierta edad, lo que significa que entre el progenitor y procreando hay una cierta diferencia de años por lo menos.

- ✓ **Si el adoptante es casado entonces deberá concurrir el asentimiento del cónyuge.**

La adopción no solo significa el ingreso en el hogar de una persona extraña al cónyuge del adoptante también implica un desmedro en los derechos y la expectativa hereditaria de dicho cónyuge, lo que por no tratarse de un vínculo nacido de la naturaleza no quiera la ley que ocurra sin el consentimiento del afectado.

Sin duda la adopción por uno solo de los cónyuges no es la regla sino la excepción, pues solo se dará en aquellos casos en los cuales la unión conyugal se encuentra

desgastada o desquiciada y ha sobrevenido una separación de cuerpos. Y es, en ese sentido, que siendo el matrimonio un compartirse, un entregarse, un darse mutuamente la adopción implica, también, una situación que debe ser asumida de manera conjunta por ambos.

Ahora bien, si uno de ellos no quiere asumir la paternidad, tampoco puede negarse a que otro lo haga si está decidido, de allí que se establece la salvedad del asentimiento. Esta situación no es uniforme en el derecho comparado ya que, por ejemplo, en Chile, España y Portugal se requiere el consentimiento del cónyuge, con algunas excepciones.

- ✓ **Que cuando el adoptante sea conviviente conforme a lo señalado en el art. 326, concorra el asentimiento del otro cónyuge.**
- ✓ **Que el adoptado presente su asentimiento en el caso tuviera más de diez años.**

Este es un requisito por demás esencial y común en el derecho comparado. La razón de esta exigencia es obvia, pues nadie hay más interesado en la adopción que el propio adoptado y repugnaría el prescindir de su opinión para darle por padre o madre a persona que el rechaza.

- ✓ **Que los padres del adoptado den su asentimiento si el hijo estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.**

Los padres directa y profundamente son afectados por el hecho de la adopción, de allí que deba dar su asentimiento frente a este acto jurídico familiar. Este asentimiento de los padres se dará siempre que los hijos estén bajo su custodia legal, sea siendo menores de edad o incapaces por algún tipo de deficiencia

- ✓ **Se deberá oír al Tutor o al Curador del adoptado y al Consejo de Familia en el caso el adoptado es incapaz.**

Para entender esta norma debemos de partir del hecho que actualmente existen 3 tipos de procesos para lograr una adopción:

- Proceso judicial de adopciones, esta adopción se da para niños, adolescentes y mayores de edad. Para los primeros dos casos no es necesaria la declaración de estado de abandono.
- Procedimiento administrativo de adopciones, se realiza exclusivamente para los casos de niños o adolescentes declarados en estado de abandono. Este tipo de adopción se rige por el código de niños y adolescentes.
- Procedimiento notarial, se tramita ante notario las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio.

– Que la adopción sea aprobada por el Juez, a excepción de lo que establecen las leyes especiales.

La necesidad de exigencias adicionales cuando el adoptante es extranjero surge cuando un número no determinado de casos pusieron en evidencia graves abusos cometidos en perjuicios de menores de edad llevados al exterior en calidad formal de hijos adoptivos. Muchos países, por temor al tráfico de niños, se niega a permitir la adopción internacional.

Téngase en cuenta que, en los casos de Adopción de un niño o adolescente, el Juez en aplicación del Principio del Interés Superior del Niño, tendrá como prioridad, ante todo, los derechos del menor y su bienestar.

- ✓ **Que, si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, aquel ratifique personalmente ante el Juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito, si el menor se encuentra en el extranjero por motivo de salud.**
- **EL QUE POSEA VÍNCULO MATRIMONIAL CON EL PADRE O MADRE DEL NIÑO O EL ADOLESCENTE POR ADOPTAR².**

En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos que está casado o casada con la persona que quiere adoptar al niño o adolescente por adoptar, de tal forma que tal padre o madre biológico, no

² Información sacada de la página

file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf.

pierden sus derechos, no es que otorgue a su hijo en adopción, lo que hace es permitir que su pareja lo adopte.

¿La no previsión del caso de los convivientes, les impide a éstos que uno de los convivientes pueda adoptar al hijo del otro? El matrimonio se define como el “acto solemne por el que un hombre y una mujer se unen para hacer vida en común, constituyendo una familia. Se dice del estado de familia, o sea de la relación jurídica que emerge del acto matrimonial y que se adquiere en el mismo acto jurídico”

La Constitución Política del Perú, en su artículo 4 establece: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueve el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”³.

Podemos decir entonces, que si bien es cierto, el matrimonio es la base fundamental de la familia, que incluso es reconocida como una institución, tal vez la más importante de todas las instituciones de derecho privado, no podemos olvidar que ésta nace del acuerdo de voluntades entre un varón y una mujer de hacer su vida en común; esta voluntad pasa por una “fase” de elección, mediante el cual la pareja elige entre realizar ese “acto solemne” llamado matrimonio y el no realizarlo; la elección que se hace debe ser libre y voluntaria obedeciendo a las opciones y perspectivas personales.

Si la pareja, libre de impedimento matrimonial, elige no realizar el acto solemne llamado matrimonio, pero sí decide formar una “familia”, esta unión es denominada unión de hecho, convivencia, unión libre, concubinato, pareja no casada, unión extramatrimonial, etc.

Dentro de nuestra legislación, esta figura no goza de sistematización integral como sí la tiene el matrimonio, pero no está huérfana, ya que es una realidad a la que el legislador no podía hacer ojos ciegos, así la Constitución la reconoce en su artículo 5 cuando establece “La unión estable de un varón y mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes,

³ Constitución Política del Perú, pág. 879

sujeta al régimen de sociedad de gananciales cuando sea aplicable”, concepto que concordado con lo dispuesto por el artículo 326 del Código Civil –principio de amparo de unión de hecho- cuando señala que la unión de hecho persigue “alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes al matrimonio”

Siendo ello así, se tiene claro que, dentro del seno de una unión de hecho, estable y pública, se forma también la familia, misma que es protegida por nuestra legislación y legislación internacional de la cual el Perú es suscriptor (Declaración Universal de los Derechos Humanos), la reconoce como un “instituto natural fundamental de la sociedad”, no hace diferencia entre una familia nacida del matrimonio o una familia nacida de la unión de hecho o concubinato propio.

La familia nacida de la unión de hecho, al igual de lo que sucede en una familia nacida en el matrimonio, traen hijos al mundo, ello como un efecto natural de la unión de varón y mujer, con las consiguientes obligaciones naturales y relaciones incluso con terceros como son la familia; “Hablando en términos generales, el modelo de familia propugnado por la Constitución y que merece la mayor protección por parte del Estado y la comunidad, debe sin hacer ninguna referencia a alguna tipología especial de familia, bajo un concepto pluralista, enmarcarse en aquella asociación humana estable, pública, donde sus integrantes se unan en comunidad de vida y a través de convivencia, satisfagan sus necesidades, alcancen sus aspiraciones, desarrollen sus proyectos de vida, compartan afecto, perpetúen la especie y cuiden la prole, sin que éstos dos requisitos sean absolutos o forzosos”. Entonces, ¿es posible que una pareja unida de hecho pueda petitionar una adopción judicial aduciendo esta primera causal, pues teniendo en cuenta que el Estado protege la familia y no hace distinción entre una familia matrimonial y la extra matrimonial, pues la respuesta tendría que ser que sí ya que evidentemente existe colisión entre la norma sustantiva con la Constitución Política del Estado cuando establece que “La comunidad y el estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También a la familia y promueven el matrimonio”; si los adoptantes no desean contraer matrimonio, esto no es culpa del niño, es una decisión que está dentro de la libertad de estas dos personas; pareja que han formado una unión que también está enmarcada dentro de la legalidad y que con justo derecho desean extender sus lazos familiares.

En ese sentido se pronuncia nuestra Corte Suprema en la Consulta 901-2012 del Santa.

Su fin principal. - Constituye una solución integradora de las familias originadas en una segunda unión. La integración jurídica de las familias, que se inician a partir de las segundas nupcias o una segunda unión de hecho, no genera una situación de desamparo respecto de los hijos menores de edad de anteriores uniones. Se resalta el interés del menor de contar con una familia sólidamente constituida. Esta adopción busca compenetrar al hijo de una de las partes a la familia constituida por su progenitor.

Dicho en palabras sencillas, a través de esta norma, puede solicitar la adopción el padre afín respecto a su hijo o hija así.

Sus efectos, ahora bien, por sus efectos, no se trata de una adopción común, sino de una adopción especial donde, como lo indica la norma, mantiene los lazos con la familia de sangre con el padre o madre que tiene la calidad de cónyuge del adoptante.

➤ EL QUE POSEA VÍNCULO DE PARENTESCO HASTA EL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD O SEGUNDO DE AFINIDAD CON EL NIÑO O ADOLESCENTE PASIBLE DE ADOPCIÓN⁴:

En calidad de definición respecto al parentesco, se puede afirmar que "familia y parentesco son categorías que dependen una de otra. Como dice Spota, citado por Zannoni, "familia y parentesco no son dos conceptos que deban separarse: los unidos entre sí por el nexo del parentesco (y desde luego, por el vínculo conyugal) constituyen la familia" (ZANNONI). En la doctrina podemos encontrar la siguiente clasificación del parentesco:

- a) Por consanguinidad, que entraña un vínculo de sangre.
- b) Por afinidad, que vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.
- c) Legal, es decir, la adopción.

⁴ Información sacada de la página
file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf.

d) La espiritual, cuyo origen se halla en el Derecho Canónico.”

- El parentesco por consanguinidad, es definido por nuestra legislación en el artículo 236 del Código Civil como la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo hasta el cuarto grado.
- El parentesco por afinidad, como ya se tiene dicho, vincula a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro, en esta clasificación únicamente se habla de matrimonio y está contemplado en el artículo 237 del Código Civil. Ambos cónyuges se hallan en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por disolución del matrimonio que la produce.

Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio o mientras viva el ex cónyuge.

En cuestión de adopción, tenemos el típico caso del abuelo que solicita la adopción de su nieto, el tío que solicita la adopción de su sobrino, los motivos son múltiples que más adelante serán materia de análisis.

Sus efectos.- El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con sus integrantes así como sus efectos jurídicos, únicamente subsisten los impedimentos matrimoniales, mediante este tipo de adopción el hijo adoptado adquiere los mismos derechos y obligaciones de un hijo biológico.

La Adopción plena se equipará totalmente a la filiación biológica, sea esta matrimonial o extramatrimonial.

TRAMITE DEL PROCESO DE ADOPCIÓN POR EXCEPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES⁵

Las acciones para la defensa de los derechos de los niños y los adolescentes que tengan carácter de difusos ya sean individuales o colectivos, se tramitan por las reglas establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes.

El Trámite Judicial respecto a la adopción se encuentra contenido en el Título II capítulo II del Código de los Niños y Adolescentes; el cual se sujeta al proceso único, que conforme al artículo 164 del Código acotado, la demanda debe contener los requisitos y anexos señalados en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, es decir se aplica en forma general los requisitos de ley, ya que el código de los Niños y Adolescentes no precisa ellos. Así también para declarar inamisible o improcedente la demanda debemos remitirnos al Código Procesal Civil.

El demandante puede modificar y ampliar su demanda antes de que ésta sea notificada. En el proceso único se puede ofrecer medios probatorios extemporáneos. En los procesos de Adopción por lo general y por no decir siempre, no se ofrece medios probatorios extemporáneos.

El plazo para contestar la demanda es de cinco días. En los procesos de adopción por lo general existe silencio o pretende adherirse a la demanda, siendo declarado improcedente pues se trata de un proceso único, así la reconvenición también es improcedente, lo que no es presentado en este tipo de procesos.

Con la contestación o sin ella se resuelve la situación jurídica de la parte demandada, y se señala fecha de audiencia única; si bien el Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo 170, que debe realizarse la audiencia dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, ello conforme a la carga procesal que atraviesa el Poder Judicial, no es posible ello.

Durante la audiencia, se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante, en el proceso de adopción, generalmente,

⁵ Información sacada de la pagina
file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf

no ocurre ello. Se sanea el proceso, se fijan puntos de materia de probanza, pero no se concilia por tratarse de derechos indisponibles.

De oficio en este tipo de procesos se puede ordenar la actuación de medios probatorios. En los procesos de adopción de oficio, el juez ordena:

Que las partes tanto los padres del niño o adolescente den su consentimiento y los adoptantes se ratifiquen de su solicitud, indicando los motivos de su decisión en ambos casos.

Se ordena la realización de un estudio social en el domicilio de los adoptantes.

Se ordena que las partes acrediten solvencia material y moral.

Se ordena una evaluación psicológica a los adoptantes. Si el niño (a) u adolescente será escuchado en audiencia si es mayor de diez años.

Todos estos medios probatorios crearan convicción al juez para decidir conforme al interés Superior del Niño, es decir que sea lo mejor para el mismo así los padres y adoptantes no estén de acuerdo.

Recabados los medios probatorios se remite –el expediente- a vista fiscal y con su opinión se emite sentencia. Si el caso debe ser adecuado a beneficio del niño el juez puede aplicar el control difuso y elevarlo in consulta. La sentencia puede ser apelada, lo que no ocurre en los procesos de adopción.

A comparación del proceso en la vía administrativa en el proceso judicial no existe un periodo de adaptación con la nueva familia, después de haberse emitida la sentencia.

En este tipo de procesos también se ve los casos de niños declarados en abandono, pues se encuentran bajo la causal c) del artículo 128 del Código de los niños y adolescentes, en algunos casos, cuando han sido dados en colocación familiar en su momento.

EL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO⁶

La definición del principio del interés superior del niño, se puede decir que parte principalmente del Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño donde se dispone que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

Podemos interpretar entonces, que este artículo de la citada Convención establece que el Interés superior del niño se consideraría como una pauta para el actuar de los órganos del Estado y particulares, siendo que este principio tendría que aplicarse teniendo en consideración cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados, o se verían perjudicados, por las decisiones y las medidas que se adopten en cada acción de estos Órganos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características:

“es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática”.

Se ha procedido a encontrar en la doctrina jurídica, que se considera al interés superior del niño como un principio vago, de contenido indeterminado y sujeto a múltiples interpretaciones, “ante lo cual han seguido a nivel doctrinario, legislativo y

⁶ Información sacada de la página
file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf

jurisprudencial diferentes planteos metodológicos para su identificación”. Incluso se ha sostenido que “constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico”.

Diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, “permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra”.

Ante ello, creemos que el carácter indeterminado de este principio evidencia que algún grado de amplitud resulta inevitable, e incluso recomendado. Porque, “el juez, cuando interpreta cuál es el interés del niño en el caso concreto, emite un juicio de predicción, un pronóstico que se construye sobre un entramado de creencias y prácticas sociales. Su certeza es relativa porque sólo el devenir podrá decir si el vaticinio es acertado”. Dicho de otro modo, el Juez debe valorar en cada caso concreto cuál es el interés superior de cada niño, según el caso que sea materia de pronunciamiento.

Sin embargo, y a pesar de esta insuperable indeterminación, “debemos procurar que la libertad de apreciación que posee el destinatario de la norma en su labor de búsqueda esté, por un lado, necesariamente ligada a la realización de los derechos fundamentales de los niños y, por el otro, alejada – en la medida de lo posible- de las preferencias y valoraciones personales que nada tienen que ver con la satisfacción de tales derechos, y mediante las que se tiende a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce”.

De la misma forma consideramos que la protección del interés superior del niño tiene por objetivo constituir una garantía al desarrollo integral del niño, “por lo cual no puede ser restringido a una mera “directriz” porque este concepto gaseoso

impide una real aplicación de sus objetivos en los procesos judiciales donde se ventilan los derechos del niño”.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar “el interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, “no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen”

EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.⁷

La protección de la infancia ha sido una constante preocupación de la comunidad internacional ya desde 1924 donde, en el marco de la V Asamblea de la Sociedad de las Naciones, se sancionó la Declaración de los Derechos del Niño, primer instrumento internacional que aborda la cuestión de los derechos de la infancia. La llamada Declaración de Ginebra “reconociendo que la humanidad debe a los niños lo mejor que pueda darle, declara y acepta como su deber, que más allá y sobre toda consideración de raza, nacionalidad o credo: Se debe dar a los niños los medios necesarios para su normal desarrollo, tanto material como espiritual”

Más adelante en el tiempo surge, la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por las Naciones Unidas en el año 1959 que dispuso en su segundo apartado que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del

⁷ Información sacada de la pagina
file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_MENOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf

niño”. En similares términos, se ha expedido el Convenio de Protección de Menores de 1961, adoptado en el marco de la Conferencia Internacional de la Haya.

También la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, “ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no sólo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).”

En esta travesía hacia la completa tutela de los niños y adolescentes, la inserción de la Convención sobre los Derechos del Niño entre los instrumentos internacionales que conforman la protección integral de la infancia ha venido a marcar un hito fundamental. Si bien en definitiva, la mentada Convención reitera gran parte de los derechos humanos reconocidos en los otros tratados y convenciones anteriormente proclamados, “su aplicación específica a los individuos menores de 18 años de edad procura afirmar con mayor énfasis que los niños-como todas las personas- son titulares de derechos fundamentales y que es deber del estado promover y garantizar su efectiva protección igualitaria”.

En el plano latinoamericano se tiene que hasta antes de la ratificación de la Convención, los niños no eran suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia. “Solo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado”.

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la protección jurídica de los derechos del niño ha alcanzado

un importante grado de desarrollo, es que tanto los actores públicos como privados deben interpretar este principio a la luz del espíritu de la citada Convención.

A manera de ejemplo sobre cómo algunos países de la Comunidad internacional estarían aplicando el principio materia de estudio se tiene a los anglosajones, quienes han optado por integrar una lista de situaciones en las que se incluyen el concepto de interés del niño y que servirán a la autoridad encargada de interpretarlo de modo de guía de su decisión.

Esta es la fórmula “que recepta el ordenamiento inglés en la “Children Act” de 1989, al recoger una lista abierta de criterios mínimos que los órganos judiciales tendrán en cuenta para determinar dicho interés. Entre éstos se enumeran los deseos y sentimientos del niño que serán tenidos en cuenta dependiendo de su edad y madurez, sus distintas necesidades físicas, emocionales y educativas, etc. La misma técnica se ha seguido en Australia a través de la “Family Law Act” de 1975 y en Estados Unidos mediante el “Uniform Marriage and Divorce Act”.”

Por su parte se tiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ya mencionada Opinión Consultiva 17/2002, señaló que el interés superior del niño debe ser entendido “como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Así, la Corte destacó que la CDN alude al interés superior del niño “como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades. A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En el mismo sentido, conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior

del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño”.

Es entonces que se puede concluir que tal como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sola mención de la aplicación del interés superior del niño no exime al Estado de realizar un análisis serio “sobre la verificación de la afectación que se produciría en ellos, sobre la base de las particularidades de la situación”.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

A nivel constitucional podemos encontrar que la regulación del **Interés Superior del Niño** se encuentra implícito en el Artículo 4° de nuestra Constitución Política, pues éste señala:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

La forma del matrimonio y las causas de separación y de disolución son reguladas por la ley”.

En cuanto a la regulación a nivel de leyes tenemos el Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, que establece:

“Artículo IX.- Interés superior del niño y del adolescente. -

En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”

Artículo del cual se puede observar que se ha trasladado casi de manera completa el texto del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Por otro lado, se debe señalar que no existe otro cuerpo legislativo en el ordenamiento jurídico peruano en el que se regule taxativamente el interés superior del niño como tal, por lo que se podría decir, que es escasa la implementación del citado principio en nuestra realidad jurídica.

Finalmente, debemos indicar que en nuestro sistema jurídico germánico o latino, el interés del niño suele aparecer tipificado a través de una cláusula general de manera que la autoridad encargada de aplicarlo tiene la obligación de realizar un juicio de concreción con el fin de situar su contenido. Si bien, “el resultado de concreción encuentra un límite lógico en el propio ordenamiento jurídico del que se extrae la regla, éste le confiere a la intervención del órgano judicial como último intérprete una dimensión significativa”. Lo cual consideramos adecuado, pues si bien es cierto es un régimen abierto también implica el estudio del caso concreto y la ponderación de la situación del niño, niña o adolescente que se encuentra implicado.

Asimismo, tenemos que en opinión del autor Alex Plácido, “el principio de interés superior del niño exige armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención a fin de ser adecuadamente incorporado en el derecho interno, de manera que pueda ser invocado ante los tribunales. En aplicación de ello, se llegará a modificar sustancialmente diversos aspectos del acontecer jurídico, tomando en consideración el indicado principio rector; así como permitirá la interpretación de las normas del derecho positivo interno, otorgándoles en muchas ocasiones una nueva y vivificada perspectiva y, entre otras, considerándolas inaplicables”. Por lo que, si observamos nuestro ordenamiento

jurídico actual, son pocos los cuerpos legislativos que mencionan o tienen en consideración este principio, entonces se podría recomendar cambios legislativos que contemplen la protección de los menores a la luz del principio de interés superior del niño.

-DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

ARTICULO 25⁸:

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

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

MATERNIDAD SUBROGADA O ALQUILER DE VIENTRE.

Convenio por el cual una mujer se compromete frente a alguien a gestar en su vientre un embrión (ovulo fecundado en desarrollo, producto de la concepción hasta el tercer mes) fecundado in vitro producto de la fusión con espermatozoides y un óvulo que puede o no ser el suyo y a entregar a la criatura una vez nacida. También se le conoce como madre subrogada, como aquella que ha cedido su útero para la gestación de un embrión. En este caso los problemas de orden legal que se pueden presentar son principalmente derivados del ejercicio de la patria potestad, respecto del hijo habido bajo este método, pues podríamos estar ante la madre biológica, la que gestó y alumbró; madre genética la que cedió su óvulo; y madre legal la que se propone adoptar al niño, la dificultad podría presentarse no tanto con la madre genética pues en estos casos el anonimato es fundamental, más sí con la madre

⁸ Información sacada de la página <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

biológica y la legal, cuando la primera se niegue a entregar a la criatura. Entonces el juez tendrá que decidir a quién de ellas deberá otorgar la patria potestad. Sobre el particular habría que decir que en su gran mayoría las legislaciones extranjeras que regulan estas materias prohíben estos convenios, calificándolos de inmorales cuando existe un interés de lucro de por medio. En Estados Unidos de Norteamérica, la solución de los Jueces varía. En unos casos se prefiere a la madre biológica, otorgando a la madre legal un amplio régimen de visitas, pero en última instancia resolverá el juez debiendo tener en consideración aspectos como estado civil de la mujer, idoneidad moral, pero sobre todo respondiendo a lo que más convenga a los intereses del menor.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. (2008), en su investigación titulada “Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolescencia” llego a las siguientes conclusiones:

El término “técnicas de procreación artificial” hace referencia a procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a tener descendencia a las parejas que por distintos motivos no pueden tenerla y engloba la más variada estructura de prácticas biomédicas.

Entre las prácticas más conocidas tenemos:

-La inseminación artificial consiste en introducir en el aparato reproductor femenino, el semen del varón por medio distinto del contacto sexual. Como complemento se presenta la transferencia de embriones, en la que se trasladan uno o más huevos fecundados en un medio extracorpóreo al útero de la mujer con el fin de iniciar en dicho lugar la gestación.

Sin embargo, para un análisis jurídico del presente estudio es necesario complementarse con las diferentes modalidades en las que socialmente pueden llevarse a efecto.

De este modo, es posible distinguir:

-Procreación artificial homóloga y heteróloga: en la primera la procreación proviene del resultado del aporte material reproductor de la pareja que desea procrear, en

cambio en la segunda, intervienen células reproductoras de un tercer extraño, quien asume el papel de donante de gametos e incluso de huevos ya fecundados.

-Maternidad de sustitución o por subrogación (llamado también alquiler de útero): esta técnica consiste en que la madre que gesta el niño lo hace por cuenta de otra mujer que espera asumir la maternidad; la madre gestante puede ser también biológica (si es suyo el ovulo fecundado) o no (si el ovulo proviene de la madre sustituta o de una tercera “donante”).

- **Concepto de maternidad subrogada⁹:**

Para entender mejor en que consiste la maternidad subrogada parece conveniente señalar algunas **definiciones dadas por doctrinarios** expertos en el tema. Así tenemos a **Morán** apunta que *“es el contrato por el cual una persona o más habitualmente, una pareja comitente (homosexual o heterosexual, casada entre sí o unida de hecho), que a su vez pueden aportar o no sus gametos, encarga a una mujer que lleve a término la gestación- aportándolo o no su óvulo- y nacimiento de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, a cambio de una prestación económica o a título gratuito”*

2. Otro autor menciona una definición descriptiva: *“la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla. Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológica y, además termina todos los derechos de filiación sobre ella (la criatura) para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”*

3. A su vez, Peralta, define *“la maternidad subrogada como el convenio por el cual una mujer se compromete frente a otra u otras a gestar en su vientre un embrión fecundado extracorpóreamente, ya en forma homóloga o heteróloga, para luego entregar la criatura después del parto. Ello implica una serie de deberes y derechos que debieran reglamentarse En la opinión de Esther, podría definirse “el contrato de*

⁹ Información sacada de la pagina

file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/ADOPCION%20VIENTRE%20DE%20ALQUILER/maternidad%20subrogada.pdf

maternidad subrogada como aquel contrato oneroso o gratuito por el cual una mujer fértil se compromete a gestar un embrión ajeno (que puede o no pertenecer a los contratantes) y entregarlo a los comitentes (una persona o pareja casada o no) renunciando a todos los derechos que le asisten como gestante”.

Bajo esta concepción en la maternidad subrogada podemos encontrar las siguientes **formas:**

- como **madre portadora** (mujer que aporta los óvulos, pero tiene deficiencia uterina que le impide gestar). Cabe acotar que cuando la procreación es homóloga y se produce en forma extracorpórea, estamos frente a un caso propiamente de alquiler de vientre;

- otra forma es como **madre sustituta** (mujer que no genera óvulos ni puede gestar);

- una tercera forma es la **mujer que tiene deficiencia ovárica y no genera óvulos, pero sí puede gestar**, necesitando a una tercera mujer le ceda óvulos (a lo que se conoce como ovodonación), es decir, la procreación se produce con espermatozoides del marido y óvulos de una mujer cedente, y la gestación se realiza en la esposa;

- por último, tenemos **la embrionación es decir, la infertilidad completa de la pareja**, la mujer no genera óvulos ni puede gestar, y el hombre es infértil.

Supuestos frecuentes en los que se presenta la maternidad subrogada: Son muchos los supuestos por los que se recurre a esta técnica entre los que encontramos:

- Cuando el embarazo supone un riesgo para la salud de la madre o cuando existe riesgo de alteración del desarrollo del feto, generalmente ligado a la toma crónica de medicamentos perjudiciales.

- Otro supuesto frecuente es el embarazo mediante inseminación artificial a partir del espermatozoides del varón que aparecerá finalmente como padre del nacido y del ovocito de la mujer gestante.

- Asimismo, encontramos determinados casos en los que hay una visión egoísta en los que por un lado un hombre sin pareja aporta sus gametos para la fecundación de una madre de alquiler con el fin de asumir en solitario los derechos y obligaciones respecto del hijo que nazca.

- Por otro lado, podría darse el caso de que una mujer que no puede llevar a término el embarazo pacte con otra la gestación de un hijo aportando sus óvulos que serían fecundados con gametos masculinos donados, para después asumir también en solitario los derechos y deberes inherentes a la procreación.

Evidentemente, los supuestos antes mencionados da lugar a una serie de problemas, entre los más frecuentes encontramos el caso en el que la madre subrogada cambie de opinión y finalmente decida no hacer entrega del nacido o que presente alguna malformación ante lo cual la pareja solicitante se niegue a recibirlo.

Causas para recurrir a la maternidad subrogada: De un lado tenemos las causas que llevan a los padres contratantes a recurrir estas técnicas entre las que destacan: la esterilidad de la pareja o dificultad para tener hijos, unida bien a la imposibilidad o demora para adoptar o al temor por los defectos genéticos de la familia del adoptado, a lo que no se conoce. Asimismo, tenemos el deseo de paternidad de hombres solteros o divorciados o el ansia de maternidad (de actuar como madres) unida al deseo de no interrumpir la carrera profesional por la gestación. Por otro lado, las madres subrogadas recurren a esta técnica debido a la necesidad económicas al ser mayormente mujeres jóvenes, de clase de media baja y con estudios de nivel intermedio, otras veces lo hacen por un deseo de experimentar un nuevo embarazo para olvidar el sentimiento de culpa, y la alegría de traer una nueva vida o incluso muchas veces el contrato es celebrado de modo gratuito por ayudar a algún pariente que no ha podido tener hijos por problemas de infertilidad.

Problemas derivados de la maternidad subrogada: El alquiler de vientre, como comúnmente se le denomina a la maternidad subrogada, ha suscitado una serie de cuestionamientos de las instituciones que conforman el ordenamiento jurídico. Así tenemos que en **reiterada jurisprudencia** de los diferentes países que han resuelto sobre estos temas, han basado su admisibilidad en un supuesto derecho a la reproducción mediante técnicas de reproducción asistida. Podemos encontrar

además que en **muchas de las resoluciones a favor de la fecundación artificial se basan entre otros sustentos en el derecho a la identidad del menor**. Por ello, considero necesario para poder determinar si es su licitud de la maternidad subrogada, analizar estos puntos con detenimiento.

¿Existe un derecho a la reproducción mediante técnicas de reproducción asistida? Ante las dificultades en la capacidad natural de procrear, se presentan las técnicas de reproducción asistida como solución a la aspiración de todo ser humano de la paternidad o maternidad, basándose en un derecho a ser padres, derecho a reproducirse o derecho procrear, y como una de sus manifestaciones la facultad de la persona para elegir el medio a través del cual procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial.

Los derechos sexuales y reproductivos surgen al ampliarse y enriquecerse el concepto de salud. En este sentido, la Asamblea General de la ONU en 1966 señaló que el tamaño de una familia depende de la decisión libremente adoptada por la pareja. **Los derechos reproductivos fueron mencionados por primera vez como tema de preocupación internacional en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968**, en cuya declaración final se *incluyó una disposición, la cual señala que los padres tienen el derecho humano básico de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento en el nacimiento de sus hijos, además del derecho a la educación e información adecuadas al respecto.*⁶ No obstante, fue con los documentos de la **Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994)**⁷ y la **Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995)** los que dieron forma y definieron los conceptos básicos sobre el contenido de los derechos reproductivos además de llevar adelante programas de acción relacionados al mismo. La pregunta que surge es si realmente dichos derechos existen, y si realmente es así, determinar qué actividades abarca y cuáles son los límites. Para ello es necesario establecer el contenido constitucional del derecho a procrear, es decir, su naturaleza, atendiendo a sus respectivos contornos, lo que lo diferencia de otros derechos. En este sentido, contenido del derecho a procrear puede separarse en dos aspectos: uno positivo que consiste en la decisión de procrear, así como la libre elección de la persona y el momento de hacerlo; y uno negativo, que comprende la decisión del sujeto de rechazar su propia procreación, así como

cualquier interferencia estatal o de terceros en el ejercicio de la capacidad de procrear. Sin embargo, en la doctrina hay discrepancias en torno a determinar si forma parte del contenido esencial uso de técnicas de fecundación artificial. Así por un lado tenemos una postura que señala que, en virtud de la libertad personal, la autonomía de la persona y la intimidad en las decisiones familiares permite el uso de diversos medios sean de modo natural o mediante estas nuevas técnicas producto del avance científico incluida la fecundación artificial (que es necesaria para el tratamiento de maternidad subrogada). Así apunta Chiarotti que los derechos reproductivos se basan en reconocer el derecho de toda pareja e individuos a decidir en forma libre y responsable sobre el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, a disponer de la información y los medios adecuados para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. Por otro lado, según la opinión de Morán, no son argumentos válidos para afirmar un supuesto derecho al recurso a las técnicas artificiales, debido a que si existen diferencias sustanciales entre ambos modos de procreación ya que la procreación asistida supone la manipulación del proceso de fecundación, de la que carece la natural. Además, el desarrollo de una técnica que permita superar una limitación física no la convierte en objeto de un derecho fundamental, más aún en este caso, en el que se pueden afectar los derechos de los nacidos. Apunta además que el derecho a procrear es el ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa, y en este sentido se puede afirmar que este hecho tutela la capacidad natural de procrear y no los actos tendentes a la procreación, De manera que, el término procrear se refiere al hecho que una persona conciba a un hijo con sus propios gametos, por medio de la realización del acto sexual, con lo que excluye la posibilidad de intervención de una tercera persona ajena a la pareja, por ende, si se concibe un niño con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el niño será hijo de este hombre o de esta mujer y no simplemente de quien la deseo. Es así que el derecho a la reproducción es el derecho a procrear el propio hijo, y por consiguiente, no existe el derecho a procrear con técnicas de procreación artificial. Se debe tener en cuenta que el embrión comprende desde el momento de la unión de óvulo con el espermatozoide hasta los primeros meses de vida, lo cual es considerado una persona humana autónoma respecto de la madre y que merece especial protección por parte del derecho. Cabe resaltar además que la fecundación artificial, en muchas ocasiones recurre a un tercero (ajeno a la pareja) que dona sus

gametos para la concepción del nuevo ser, cuyo anonimato le impide conocer o reclamar alguna responsabilidad, lo que acarrea la privación de una serie de derechos que le corresponderían al hijo tales como derecho a llevar sus apellidos, a recibir alimentos, a suceder, etc., es decir, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Todo ello constituiría una verdadera violación a su dignidad contrario a lo que nuestra Constitución Política del Perú defiende en su Artículo 1.11 Por estas consideraciones y muchas más que analizaremos a lo largo del presente estudio, es que el deseo de maternidad o paternidad por un medio distinto a la concepción natural no constituye parte del contenido esencial del derecho a la procreación.

MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PERU¹⁰

¿Es válido el contrato de maternidad subrogada? Con respecto a la validez del contrato de maternidad subrogada han surgido diversas posiciones, así tenemos:

Una posición a favor sostiene que los contratos de maternidad subrogada no deben ser catalogados de acuerdos o negocios, sino que en realidad se trata de actos unilaterales lícitos, y revocables por la mujer en cualquier momento. Reconocidos entre ellos *Espinoza, establecen que la maternidad subrogada a título gratuito sería lícito y que si se podría aceptar en el ordenamiento jurídico peruano ya que allí si se estaría cumpliendo con una finalidad, que es la de darle una familia a aquella mujer que por circunstancias de la naturaleza no puede, ante la solidaridad de una mujer que presta su vientre para gestar a ese bebe, no convirtiendo así esta situación en algo aberrante al ver un fin económico en medio de ello, lo cual acarrea valoraciones éticas que maltratan al niño y degradan a la mujer porque se le conceptualiza como mercancía, como un simple producto de consumo que debe cubrir todas las exigencias del gusto de los potenciales padres.*

- Otro sector de *la doctrina sostiene que es un contrato nulo cuya consecuencia acarrearía, en principio, la inexistencia de responsabilidad contractual.* Es así, que toma como punto de partida la ilicitud de la causa cuya consecuencia inmediata es la irrepetibilidad de lo pagado e inexigibilidad de lo prometido. Asimismo, se afirma

¹⁰ Información sacada de la información
file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/ADOPCION%20VIENTRE%20DE%20ALQUILER/maternidad%20subrogada.pdf

que el contrato es contrario a la ley de acuerdo a las normas naturales de filiación, considera que es un fraude a la institución de la adopción, así como tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de embarazo, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos.

- Gonzales, señala que es nulo el contrato de maternidad subrogada debido a que se opone al principio de indisponibilidad del cuerpo humano, al recaer sobre las facultades reproductivas y de gestación de la madre, específicamente sobre su útero. Se trata del alquiler (o préstamo en caso de ser gratuito) de una función de la mujer, tan importante, como es la maternidad, que no puede ser objeto del tráfico jurídico, además se trata de un bien extra commercium, es decir, fuera del comercio de los hombres. Pero la indisponibilidad de la no solo es del cuerpo humano sino también a cerca del estado civil de la persona, ya que se trata de modificar las normas que determinan la constitución de la relación jurídica paterno filial y la atribución de la condición jurídica de progenitor e hijo. Normas que revisten carácter imperativo y de orden público, por lo que cualquier renuncia a la filiación materna por parte de la madre gestante es un acto que incide sobre un aspecto que escapa a la autonomía de la voluntad y, por tanto, en la que no cabe ni renuncia ni disposición. Asimismo, el contrato bajo análisis también es contrario a la dignidad de la mujer y del niño. Supone una explotación y manipulación de la madre ley produce al margen de los intereses de los hijos, quien tampoco puede ser objeto de comercio, no puede ser transferible. Se vulneran, pues principios básicos de nuestro Derecho recogidos en normas constitucionales.
- Por estos argumentos, el acuerdo de vientre de alquiler tiene una causa ilícita. por último destaca, que la consecuencia de declarar nulo este contrato es que no se podrá exigir la exigencia de lo pactado y por tanto no tendrá reclamar la entrega del niño al nacer ni la devolución del dinero entregado a la gestante. Concuero que el contrato de maternidad subrogada debe ser considerado nulo debido a que los negocios jurídicos están sustraídos a la voluntad de las partes pero con limites como el orden público, las buenas costumbres tal como lo establece el Código Civil peruano en el Título preliminar, artículo V, en este sentido las normas reguladoras de la filiación y del estado civil, son de carácter imperativo y de orden público, por lo que son indisponibles. Además, es un contrato que atenta contra la dignidad de la persona (contraviene al Art.1 de la Constitución del Perú) al reducirse como un objeto de un contrato a un hijo y tratar a la mujer como un mero instrumento de

procreación, incluso se podría asemejar a un supuesto de donación de órganos de personas vivas.

- La nulidad del contrato no evita la celebración de estos contratos que en la práctica se siguen dando, debería de regularse en el código Civil y en la ley general de salud este tipo de prácticas, así como debe implementarse un programa que incluya campañas de promoción de la adopción además de la capacitación a la población de los derechos sexuales y reproductivos, en especial en las mujeres.

- **Teorías sobre el presupuesto determinante de la maternidad.** En la maternidad subrogada se dan diferentes supuestos en donde la determinación de la filiación se plantea como una de las interrogantes más debatidas (con excepción del caso en que la mujer realiza el aporte genético y a la vez la gestación en donde se evidencia madre es esta mujer), debido a que intervienen dos o hasta tres mujeres en el proceso de gestación del niño, influyendo una serie de factores que ponen en duda si la determinación de la maternidad ocurre siempre en razón de la mujer gestante.

Ante ello **la doctrina plantea diversas soluciones a esta controversia como son:**

- En el supuesto de maternidad subrogada en donde una madre realiza el aporte genético, otra el parto y por último una tercera la voluntad, la doctrina propone las siguientes **soluciones:** Si cada una de las mujeres aportó uno de los elementos antes mencionados, *la maternidad debe recaer en la que aportó el material genético* en caso de que esta esté casada con el varón que aportó el semen, de lo contrario, la que tendrá mayor probabilidad de obtener la maternidad, será la madre gestante. *Si ninguna de las mujeres quisiera el hijo, como ocurriría si se hubiese tomado el óvulo de una para implementarlo en otra, pero no por voluntad de otra mujer sino de un varón, entonces, se verifica una hipótesis de abandono con posibilidad de dar inicio a un procedimiento de adopción.*

- En el supuesto donde intervienen dos mujeres, la madre comitente aportando su material genético y la madre subrogada que realiza la gestación; no hay unanimidad en la doctrina en determinar a quien se le atribuye la maternidad. Un sector de la doctrina sostiene que la maternidad se determinará a favor de la que haya contribuido con el aporte del material genético o con la gestación, pero además haya manifestado su voluntad de asumir el papel legal de ser madre. *Otro sector afirma que la maternidad debe determinarse a favor de la madre genética, sin embargo, reconoce un derecho preferente e irrenunciable de adopción a favor de la madre gestante.* Así señala Rubio que es posible llegar a esta solución si se

cumplen dos requisitos: la madre subrogada sea soltera (o que el marido logre negar la paternidad) y que en el parto o, que partir de él, quede físicamente imposibilitada para asumir la maternidad.

- Una tercera postura en base a las dos anteriores afirma que la determinación de la maternidad se desarrolla en dos planos diferenciados: uno relativo al nacido, quien puede obligar a la madre (incluso iniciar acciones judiciales) a asumir el cumplimiento de sus responsabilidades como tal, y otro referido al sujeto procreador, quien puede ejercer sus derechos manifestando su voluntad de asumir la posición jurídica que le corresponde por haber participado en la procreación. Ambos, solo pueden ser armonizados en base a la protección de los intereses del menor, principio base de los actuales regímenes de filiación analizado en líneas anteriores. Es debido a ello que el nacido deberá tener la posibilidad de elegir entre la madre gestante y la madre genética. Muchas veces se pone en evidencia que la mujer gestante no cuenta con los recursos necesarios para sostener al hijo debido a que recurren a alquilar su vientre por las necesidades económicas que atraviesan impidiendo así, velar satisfactoriamente por su interés del menor. Una postura amplia de la doctrina reconoce la maternidad legal de la mujer que dio a luz al hijo basándose en la estrecha relación que se establece entre la mujer y el concebido durante el proceso de gestación, en el cual la madre contribuye a la formación del nuevo ser humano. A la vista de lo expuesto se observa que la propia naturaleza de la maternidad impide que los principios y normas comunes puedan ser interpretados de forma tal que puedan dar una solución concluyente a las cuestiones planteadas por la coexistencia de las maternidades. Ahora bien, la invocación del principio del favor genitoris y del principio de autorresponsabilidad por la procreación constituye el fundamento de una nueva tendencia favorable a la determinación de la maternidad a favor de la madre comitente o social.

Ahora bien, en nuestro actual Código Civil en el Artículo 409° C. C. establece: "*La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo*". Es decir, para la atribución de la maternidad rige el principio de tradición romana **Mater Semper certa est**. Sin embargo, esta figura es cuestionable con el avance de la ciencia, en especial con los diferentes factores que influyen para determinar la filiación en la maternidad subrogada, donde son 2 o hasta tres mujeres que intervienen en el proceso de gestación. De manera que el juez para poder establecer en estos casos la relación

materno filial, es necesario analizar los diferentes elementos de la filiación, debido a que el elemento biológico no debe ser el único elemento determinante para establecerla, existen dos elementos más, como lo son el elemento volitivo, constituido por esa voluntad de ser madre; y el otro elemento, el genético que consiste en la identidad genética entre la madre y el menor. Para ello, es necesario tener en cuenta el artículo 3 de la Convención del Niño y el adolescente, se establece que, en todas las medidas concernientes a los niños tomadas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (...). Es decir, si bien la maternidad subrogada sería un acto ilícito, el niño que es fruto de esta técnica no puede ser desconocido por el derecho, por lo que el juez en virtud del principio *iura novit curia* no debe dejar de aplicar el derecho por vacío o deficiencia de la ley; debería establecer la filiación teniendo en cuenta lo que resulte más beneficioso para el menor en atención al principio de interés superior del niño, generando así, un ambiente apto para su desarrollo íntegro como persona.

Regulación existente de la maternidad subrogada en el Perú: Las técnicas de reproducción asistida generan una nueva realidad no regulada en las normas civiles, especialmente en el supuesto de maternidad subrogada que son dos o hasta tres mujeres que intervienen en el proceso de gestación.

En la actualidad el Perú tiene un proyecto de ley que busca incorporar la filiación por reproducción médica asistida a la sección tercera referida a la sociedad paterno filial dentro del título de filiación extramatrimonial. Sin embargo podemos encontrar una mención en la Ley General de Salud (Ley 26842) norma de orden público conforme al artículo IX de su título preliminar en su artículo 7 señala: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de la infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos de la procreación, así como la clonación de seres humanos”*. La tendencia que sigue la ley es basarse en un supuesto “derecho fundamental a procrear” en el que se permite el uso de las técnicas de procreación asistida donde la voluntad de los intervinientes es la razón

del derecho a tener un hijo (se alegaba para defender la libertad de los procreadores a decidir sobre la facultad procreativa frente a las injerencias del estado, por ejemplo, en el caso en que limitaba el número de hijos). Señala Gonzales Pérez que el hijo nunca puede ser objeto de derecho subjetivo. El hecho de contraer matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener prole, simplemente les atribuye el derecho-deber a realizar los actos sexuales propios de procrear. Cuando se pretendió defender el derecho del hijo se hizo justificando la libertad de los progenitores de decidir sobre su facultad procreativa. Se puede deducir del citado artículo que las técnicas de fecundación asistida se permiten siempre y cuando la madre gestante y biológica coincida, así como prohíbe la fecundación heteróloga con donación de óvulos. Por lo tanto, se prohíbe la ovodonación, que se presenta cuando la mujer tiene una carencia de ovarios, pero tiene la posibilidad de gestar por lo que necesita que otra mujer le ceda sus óvulos (espermatozoides del marido, óvulo de la mujer de la mujer cedente o la cónyuge). Ahora bien, el hecho que este regulado en el ordenamiento jurídico no quiere decir que sea un acto lícito, tal es así que un acto ilícito en sentido amplio no solo es aquella conducta que contradice un artículo en concreto del ordenamiento positivo sino también es aquel comportamiento que, aun encontrándose en concordancia formal y aparente con una determinada norma, resulta contrario a los principios generales del derecho que irradian e informan la totalidad del sistema jurídico. Por tanto el uso de técnicas de reproducción asistida basándose en un derecho de procreación, no la convierte en una actividad lícita por estar regula en el Artículo 7 de la Ley General de Salud debido a que en concordancia con lo expuesto en líneas anteriores, no forma parte del contenido esencial del derecho a procrear el uso de técnicas de reproducción asistida, al ser el derecho a la reproducción, el derecho a procrear el propio hijo en concordancia a su naturaleza y a la dignidad de la persona. En consecuencia, si el derecho parte de una concepción incompleta de la persona (al no abarcar todas sus dimensiones), estaría atentando contra la propia persona y su dignidad, al permitir que prime la libertad de contratar o la voluntad de ser padres sobre la existencia y desarrollo de la persona humana. Evidentemente, esto es contrario a la persona humana cuyos efectos se evidenciarían en la convivencia humana (ya que el ser humano es un ser social), contrariando en último término al fin último que persigue el Derecho. Por tanto, concluyo que en el Perú son actos ilícitos: la fecundación extracorpórea con ovulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión

ajeno (embriodonación) y a los servicios de gestación (maternidad subrogada). Sin embargo, cabe precisar que un sector de la doctrina⁴⁹ considera al Artículo 7 de la Ley General de la salud como una regulación de un derecho el acceso a técnicas de reproducción asistida, donde la maternidad subrogada, la embriodonación y la ovodonación no se encuentran prohibidas en nuestro ordenamiento jurídico ya que si el legislador hubiera querido prohibirlas (tal como lo ha hecho en la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos) lo hubiera establecido expresamente. Consideran, además que las prohibiciones no se deben extender analógicamente porque lo que no está prohibido está permitido. Finalmente señalan que la condición de madre genética y madre gestante debe recaer sobre una misma persona debe considerarse como una exhortación, pero no como prohibición.

DERECHO COMPARADO¹¹

En la legislación de Austria, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Noruega, Países bajos, Polonia, República Checa, Reino Unido, Eslovaquia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Australia, Canadá y Estados Unidos, de manera general se considera jurídicamente como madre del nacido a la mujer que lo gestó, no considerándose como madre jurídica a la que aportó el material genético, con algunas excepciones en Estados Unidos.

La técnica de la maternidad subrogada es lícita en Chipre, Hungría, Países bajos, Reino Unido, Australia (solo se prohíbe si existen fines comerciales) y algunos Estados Unidos (por ejemplo, California, donde se admite con fines comerciales o no).

Así pues, en la mayoría de países rechazan la maternidad subrogada cabe precisar que en Alemania y en Suecia se prohíbe el procedimiento de la maternidad de sustitución; en Francia, el contrato es nulo y se sanciona al intermediario, pero no a

¹¹ Información sacada de la página

file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/ADOPCION%20VIENTRE%20DE%20ALQUILER/maternidad%20subrogada.pdf

la mujer; En Gran Bretaña se autoriza la gestación para otro a título benévolo y sin intermediarios; en Bélgica, la proposición de Ley establece la nulidad del contrato de gestación para otro. Por ello no cabe ejecución forzosa del mismo. De igual manera, se critica en el ámbito ético y religioso.

Cabe hacer mención que en Estado Unidos, los conflictos derivados del incumplimiento de los contratos maternidad subrogada debido a la negativa de la madre gestante de entregar al nacido se resuelven con la aplicación del principio de interés superior del niño, que no siempre es favorable en reconocer el deseo o voluntad de procrear del padre biológico, y de su mujer como madre comitente. Sin embargo, en algunos casos, los tribunales han determinado la filiación de los padres comitentes, reconociendo el derecho de visitas de la madre gestante. Tal como se puede apreciar en el caso Baby M. en 1984, el matrimonio Stern contrató con Mary Withhead para la gestación producto de una inseminación artificial con el semen de Stern. El contrato consistía en no mantener una relación materno filial con el bebe y la obligación de abortar si es que en los test mostraba un feto con anomalías. Al nacer, la madre portadora dueña del óvulo se negó a entregarla y su marido, el señor Withhead, la reconoció como hija suya aduciendo no poder desprenderse de ella. El juez de primera instancia dio la custodia al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. Posteriormente el Tribunal Supremo revoco el fallo declarando la nulidad del contrato, pero mantuvo la tenencia a favor de Stern. Finalmente luego de diez años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita³⁴ Un caso interesante es el de la Corte de Apelaciones de París casó un fallo de la Corte de Apelaciones de Potier El cónyuge de una mujer que sufría una esterilidad absoluta donó su esperma a otra mujer, quien trae al mundo a un niño, se inscribió a su nombre y es reconocido como hijo natural del padre genético. La madre gestante cuando nace el niño autoriza la adopción de este por la cónyuge del reconociente, pero en ese momento los cónyuges se separan y la mujer del padre genético se va del hogar con la criatura e inicia el juicio de adopción de la niña. La Corte de Potier hace lugar a la adopción simple teniendo en cuenta el desinterés de la madre genética y que la criatura había convivido con quien pretendía la adopción. No obstante, la Corte de Casación anula la sentencia por iguales motivos que los dados en el fallo plenario, con lo cual la niña se queda sin madre ya que la genética la había abandonado y a la madre social se le niega la posibilidad de adoptar, restándole solo la posibilidad de darse en adopción al

momento de la mayoría de edad. En América Latina, concretamente en Colombia, en el 2010, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que una mujer colombiana llamada Sarai (seudónimo dado por la corte Constitucional para proteger su identidad) con precarias condiciones económicas y madre de una niña de cinco años, accedió a la fecundación in vitro con un óvulo y espera de una pareja residentes en Estados Unidos (el esposo de nombre Salomón y una colombiana), cuya implantación no tuvo éxito. Posteriormente, Salomón inició una relación amorosa con Sarai y le propuso la fertilización in vitro con sus propios óvulos, ante lo cual la accedió a cambio de una gran suma de dinero. En marzo del 2006, nacieron los gemelos y el Instituto Colombiano de bienestar Familiar de Yumbo retiró la custodia a la madre porque los niños padecían una grave afección gripal ya que vivían al lado de un horno de cal, siendo dada la custodia a la tía paterna. Ante ello, el padre pidió la custodia y permiso para la salida del país de los gemelos, el cual fue concedido por un Juez de Familia con los siguientes argumentos: En primer lugar, hay un incumplimiento de del contrato de forma verbal por parte de la madre al no querer entregar los gemelos, en un segundo término las condiciones económicas de la madre y la situación de subdesarrollo que viven en la ciudad de Cali – Colombia no son aptas para el desarrollo del niño lo que si ocurriría con su padre al contar con todas las oportunidades para vivir en un país más desarrollado sumado al hecho de quien tuvo la voluntad de tener a los gemelos.

Por último señaló que quien tiene mejor derecho es el padre al ser este quien tuvo la voluntad de tener a los gemelos. Ante ello, la madre presento a la Corte Constitucional de Colombia un escrito, respondiendo la misma que las condiciones de pobreza no son razón suficiente para separar a los niños de su familia, además que en los casos de maternidad subrogada no es una práctica que este prohibida en el ordenamiento jurídico colombiano.³⁵ Cabe señalar la regulación en la legislación española sobre técnicas de reproducción asistida en la que se ha instaurado el principio de anonimato del donante. Este principio conlleva la denegación expresa del derecho del hijo de conocer la identidad de su padre biológico, derecho que si se atribuye al adoptado. Asimismo lleva consigo una excepción a la investigación de la paternidad, al impedir al hijo determinar la filiación que biológicamente le corresponde por lo tanto, al donante anónimo no se le permite conocer la identidad del hijo ni entablar una relación con él o reclamar la paternidad. Todo ello conforme

al artículo 5.5 y 8.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Así también, se prohíbe el contrato de maternidad subrogada y a pesar de ello en el supuesto en que se realice, el Art. 10.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción asistida humana establece que la maternidad se determina a favor de la mujer gestante, sin embargo podría impugnarse esta maternidad y determinarla respecto de la madre genética

PAISES QUE LA PROHIBEN¹²

✓ **CHILE**

En Chile en ningún caso se puede recurrir a esta técnica. Y esto es por una razón muy sencilla: desde un punto de vista legal, en Chile es madre quien da a luz al bebé. En otras palabras, no existe la maternidad genética, sino una "maternidad de vientre". Por lo tanto, incluso en casos que médicamente estarían justificados, aquellas mujeres que recurren a un útero subrogado quedan bajo el total desamparo legal, sin ser ilegal. Pero los riesgos son para ambas partes: tanto para la mujer que está dispuesta a prestar su útero (incluso de forma altruista) y para la madre biológica. Esta última se expone al riesgo de que durante el embarazo la "ayudadora" legítimamente, se enamore de ese bebé y una vez que nazca, se niegue a entregarlo. A su vez, también puede ocurrir que si el bebé viene con una enfermedad, los padres biológicos decidan no tenerlo y dejan en el total desamparo a ese bebé que viene en camino y a la mujer que prestó su útero. Si bien en los países que esta técnica está legalizada existen contratos claros que resguardan legalmente a cada una de las partes, es importante indicar que siempre existirán riesgos que van más allá de lo legal¹³.

✓ **Alemania**

La Ley alemana, de fecha 13 de diciembre de 1990, castiga con pena de prisión y multa a quién fecunde un óvulo para transferirlo a mujer que no fuera aquella de quien se extrajo (parágrafo 1. (1). 2.) Así como al que fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar al niño a tercero, después del alumbramiento (1 (1). 7). También en esta Ley, las mujeres sustitutas quedan

¹² Información sacada de la pagina: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

¹³ Información sacada de la página <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2015/04/09/741708/Utero-subrogado-y-sus-implicancias-en-Chile.html>

impunes. Se castiga a los profesionales sanitarios que intervienen en estas operaciones. Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/9045 Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción. 1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; 3) Procediera a transferir a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo; 4) Procediera a fecundar por transferencia de gametos intratubaria (GIFT) más de tres óvulos en un mismo ciclo; 5) Procediera a fecundar más óvulos de los que puede transferirse a una mujer en un mismo ciclo; 6) Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección; 7) Practicara una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento. Como podemos observar la legislación alemana tiene una estricta prohibición, a realizar técnicas de inseminación artificial, con la finalidad de concertar una maternidad subrogada⁴⁶, aunque a la madre subrogada no se les castigue, a los profesionales que practiquen esta técnica si se les impone una pena.

Por su parte, el Congreso Medico Alemán estableció que la maternidad sustitutiva debe rechazarse por los peligros que entraña para el niño y porque eventualmente podría estimular la comercialización de la fertilización in vitro y de la transferencia de embriones. Estas recomendaciones fueron volcadas en la Ley anteriormente expuesta, que data de 1991.

“En el año 1984 el Ministro Federal de Justicia y el Ministerio Federal de Investigación y Tecnología, conformaron en 1984, una comisión para estudiar los problemas de los nuevos métodos de fertilización in vitro y de la terapia de genes en el hombre. En el año 1985 la Subcomisión de Representantes Jurídicos elaboró un primer informe sobre el tema. El referido informe estima madre de alquiler, de préstamo, nodriza, sucedánea, según la costumbre de designación de tal fenómeno, aquella que se produce en aquellos casos que: - Una mujer (la llamada madre sustituta) se somete a una inseminación heteróloga con el esperma de un hombre que desea adoptar posteriormente el niño, juntamente con su esposa. - Una mujer da a luz su propio hijo genético, creado in vitro con esperma de un hombre que

desea posteriormente adoptar el niño juntamente con su esposa. - Una llamada "madre sustituta" se muestra conforme con llevar para los padres genéticos un embrión genético. La comisión aconsejó a los legisladores la prohibición de las instalaciones médicas en donde se realicen estas prácticas, pero adoptando medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir, particularmente sobre la falta de validez del contrato de maternidad subrogada".

"Recientemente el Ministro de Justicia, Hans A. Hengelhard, declaró que las madres portadoras constituye una usual forma de comercio humano ilegal. Esta afirmación se hizo pública con motivo de la apertura de una nueva oficina de información de madres de alquiler de una gran ciudad alemana. Concluyó su intervención expresando que todos los acuerdos de maternidad subrogada tienden al resultado de una adopción del niño, pero tal adopción, como cualquier otra debe ser formalizada por la oficina correspondiente y aprobada por el Tribunal Tutelar.

Ante estas declaraciones, los medios de comunicación hicieron eco de que el Gobierno Alemán preparaba un proyecto de ley que prohibía expresamente la maternidad subrogada y se sancionaría con penas privativas de la libertad a quienes se dedicaren a estas prácticas"

"La primera agencia de madres de alquiler de la República Federal Alemana (United Families International) con sede en Francfort, recibió orden judicial de suspender inmediatamente sus actividades de mediación en el año de 1990"

✓ Australia

En Australia se partió de la elaboración de un famoso Informe Waller (1984)⁵⁰ para el Estado de Victoria, cuyas características más sobresalientes eran que se permitía, dentro de la más estricta confidencialidad, la donación de gametos y embriones, así como la congelación de dichos embriones, si bien se prohibía terminantemente la transferencia a una misma mujer de material procedente de varios donantes. El referido informe constituyó un antecedente muy digno de consideración a la hora de redactar la Ley de 1984 sobre la infertilidad y procedimientos médicos, que posteriormente fue reformada en 1987. En ella se prohíbe la creación de embriones in vitro para uso distinto a la experimentación terapéutica; se exige previa autorización administrativa para la realización de programas de investigación con dicho material, y se proscribía la práctica de la

clonación y creación de híbridos. El Estado de Victoria es el único que ha legislado sobre esta materia, estableciendo la nulidad del contrato de maternidad subrogada, permite la implantación de un embrión, derivado de un ovulo fertilizado de esa misma mujer ya sea en ella misma, o en otra, siempre y cuando no haya lucro de por medio.

✓ Francia

En 1994 fueron aprobadas tres leyes; una de las cuales regula el tratamiento de los datos nominativos que se manejen en el área de la salud, la otra modifica el Código Civil para establecer normas que aseguran el respeto del cuerpo humano y regular la filiación cuando intervienen técnicas de reproducción asistida, la última lo relativo a la donación y utilización de elementos y productos del cuerpo humano y la procreación médicamente asistida.

En el año 1983 se creó la Asociación Nacional de Inseminación Artificial por Sustitución (ANIAS). A pesar de ello, los artículos 345 y 353 del Código Penal, prohíben expresamente esta práctica, indicando que el contrato suscrito entre la pareja solicitante del niño y la madre portadora, carece de validez, ya que dentro del Derecho Francés se mantiene como cuestión de orden público el Principio de la Integridad de la Persona Humana. Específicamente la normatividad francesa autoriza como únicos contratos lícitos aquellos que no atenten a la conservación de la persona (por ejemplo la transfusión de sangre o la donación de espermatozoides) o bien aquellos en que pudiendo atentar a dicha conservación se realizan con finalidades terapéuticas, como ocurre con el contrato de donación de órganos.

Cabe destacar que en este país también se realizó una propuesta de Ley presentada a la Asamblea Nacional Francesa, el día 18 de mayo de 1984, la cual establece la nulidad de pleno derecho, a todo contrato que se realice de maternidad subrogada, que se trate de la concepción de un niño. El "Comité National d' Ethique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se da cabida a la misma. Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte. En Francia a pesar de las disposiciones, existe desde julio de 1983, L.A.N.I.A.S. (Association Nationale pour l'Insemination Artificielle par Substitution) y desde octubre de 1983 la Asociación "Meres D'Acueil" (madres de acogida), con sede en Marsella y

presidida por el Dr. Sacha Séller, conocido por remunerar las donaciones de espermias.

✓ Holanda

En Holanda el contrato de maternidad subrogada es nulo, debido a que la origen del contrato es ilícita, contrario al orden público y a la moral.(ya que por la contraprestación del servicio se recibe cierta cantidad de dinero) “En este país se proclama en el mismo sentido que la legislación, está en contra de comercializar con el arrendamiento de útero, se apoyan en principios generales, es decir, que no se viole el orden público y la moral, y si lo interpretamos en sentido contrario, podríamos decir que si se realiza de forma gratuita si se permite el contrato. Porque ya no existiría la causa ilícita.”

✓ España

España cuenta con la Ley 35/1988 de 22 de noviembre sobre técnicas de reproducción asistida, es considerada como el primer país Europeo en emitir una Ley que regula, de manera sistemática, la inseminación artificial y la fecundación in vitro. Aunque hay que hacer mención que anteriormente (22 de diciembre de 1985) Suecia había dictado una Ley que regulaba de forma exclusiva la inseminación artificial. España es uno de los pocos países donde se tiene regulada la maternidad subrogada. El Informe de la Comisión Especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana⁵³ contiene estas tres recomendaciones, que a continuación se transcriben. Recomendación 115: “Deberá prohibirse la gestación de sustitución de cualquier circunstancia”. Recomendación 116: “Deberán ser objeto de sanción penal del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que lo propicien y los equipos médicos que la realicen”. Recomendación 117: “Deberán ser objeto de sanción los centros sanitarios o servicios en los que se realizarán las técnicas para la gestación de sustitución”. Así, admitiendo el avance científico y sus posibilidades, constata su aplicación positiva al problema de la esterilidad humana, caso de que otros métodos sean inapropiados para su consecución. No obstante, además de expresar esta visión ciertamente alentadora del progreso científico, se pone en conocimiento y se presenta la inquietud e incertidumbre que este género de prácticas representa para la sociedad y humanidad, toda vez que no sólo se van a poder aplicar como remedio a la

esterilidad humana, sino que también, y aquí reside la alarma generada, pueden utilizarse para la multiplicación genética, con las consecuencias que ello conlleva y los abismos que se pueden abrir.

La actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida dice en su CAPITULO II. Artículo 10. Gestación por sustitución. 1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

PAISES QUE LA PERMITEN¹⁴

✓ Brasil

En el país no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina⁵⁴, estableció en su sección VII Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero) donde, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

De acuerdo con el art. 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad Artículo 199. 4.- La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización. Como bien se mencionó

¹⁴ Información sacada de la pagina: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

anteriormente, la resolución número 1.358/92 del Consejo Federal de Medicina, que ha adoptado Normas para la Utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida, todavía en vigor, se divide en 7 secciones, a saber: 1) Principios Generales; 2) Usuarios de las Técnicas de RA (reproducción asistida); 3) Clínicas, Centros o Servicios que ponen en práctica las técnicas de RA; 4) Donación de gametos o pre-embryones; 5) Preservación de gametos o pre-embryones a través de crioterapia; 6) Diagnóstico y tratamiento de pre-embryones; 7) Gestación de sustitución (donación temporal del útero).

La Resolución brasileña ha seguido la tendencia europea (con excepción de Inglaterra), cuando elaboró un conjunto de disposiciones éticas relativas al donante, a la pareja y al médico. Las reglas de gratuidad, anonimato y consentimiento informado fueron debidamente previstas en la Resolución mencionada.

Así, en la Sección IV, número 1 se establece que: "La donación nunca va a tener carácter lucrativo o comercial". La noción proviene del principio fundamental según el cual el cuerpo humano, en todo o en parte, no puede ser objeto de comercialización.

La Resolución brasileña prevé (en el número 2 de la Sección IV) que "los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa". Si el Consejo Federal de Medicina erigió el anonimato como regla, esto se debe a una opción intencional hecha para proteger al niño, con el fin de que no se torne en víctima de problemas que puedan surgir entre el donante y los padres usuarios de la inseminación artificial.

El anonimato protege a la pareja y al niño contra eventuales pretensiones del donante y este último queda protegido contra la búsqueda de su identidad. Sin embargo, como ya ha sido afirmado por algunos segmentos de la doctrina jurídica brasileña, el anonimato debe ser prohibido, por lo menos, en cuanto al establecimiento de la filiación con relación al donante.

El número 1 de la Sección II (Usuarios de las técnicas de RA) dispone que:

"Toda mujer capaz, en los términos de la ley, que lo solicite y cuya indicación no se aparte de los límites de esta Resolución, puede ser receptora de las técnicas de RA,

siempre que lo haya acordado de manera libre y consciente en documento de consentimiento informado".

Refiriéndose a las "mujeres capaces", la Resolución no ha prohibido el acceso de las mujeres solteras a las RA, lo que implica negar la dualidad de los padres, en este caso, la paternidad. Ahora bien, en la medida que la Constitución Federal protege, en su artículo 227, el derecho del niño a la "vida familiar" (es decir, el derecho a la identificación de sus dos progenitores, el padre y la madre) esta posibilidad es seguramente ilegítima, pues es contraria al interés del niño cuyo nacimiento fue programado, deliberadamente, sin padre. Además, esta hipótesis corresponde a una agresión a los derechos del niño, ya que la creación de familias monoparentales (con un solo progenitor) es contraria a la evolución del derecho de la filiación que, levantando las interdicciones que se referían a los hijos naturales, ha favorecido el derecho de todo niño a tener una filiación paterna. Los números 2 y 3 de la Sección V (Conservación de gametos o pre-embriones) disponen: "El número total de pre-embriones producidos en laboratorio será comunicado a los pacientes, para que se decida cuántos pre-embriones serán transferidos de inmediato, debiendo el excedente ser preservado por crioterapia, no pudiendo ser descartado o destruido. En el momento de la preservación por crioterapia, los cónyuges o compañeros deben expresar su voluntad por escrito, en cuanto al destino que se dará a los pre-embriones preservados por crioterapia, en caso de divorcio, enfermedades graves o fallecimiento de uno de ellos o de ambos, y cuando desean donarlos"⁵⁵ Las dos disposiciones generan una de las cuestiones más controvertidas y más complejas, ya que las incertidumbres del pensamiento técnico sobre lo que es un embrión humano con relación a una persona humana, aún no autorizan la elaboración de reglas concretas e indispensables.

✓ Canadá

Este país presenta cierta tolerancia hacia la admisión de la maternidad subrogada. El Informe Ontario (Ontario Law Reform Comisión) permitió la gestación de sustitución y recomendó poner en vigencia una legislación que regulara los respectivos contratos y formuló 32 recomendaciones sobre el tema. "...recomendaciones de 1985 de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario, contenidas en los dos volúmenes de su Report on Human Artificial Reproduction and Related Matters (Informe sobre la reproducción humana artificial y cuestiones

afines). La indagación abarcará la fecundación in vitro, cada vez más asequible en el Canadá a pesar de que es financiada por el sector público solo en algunos centros como Ontario. No está claro si se considerará también la maternidad subrogada, que no depende necesariamente de la tecnología médica, pero es muy probable que así sea. Un fenómeno creciente en algunos círculos es el interés por la maternidad subrogada “total”, en la cual se crean in vitro preembriones que se implantan en una mujer que no es la donante del óvulo, para luego entregar el recién nacido a la mujer que produjo el óvulo y a su esposo, quién proporcionó el semen. De las recomendaciones del Informe de la Comisión de Reformas Legislativas de Ontario, la que suscitó más controversias (propuesta como un medio de controlar perjuicios, pero a veces mal interpretada como una promoción de la maternidad subrogada) fue la creación de un sistema de “adopción subrogada” dependiente del visto bueno judicial... “En la recomendación 49 dice: “Nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar al niño, el tribunal ordenará que este se ha entregado a los padres sociales”. Esto demuestra que este país no solo ha legislado sobre la maternidad subrogada, sino que reconoce como padres a los contratantes, a los cuales llaman padres sociales. En este país, una parte de la doctrina canadiense, interpreta que el contrato de maternidad subrogada trae aparejado el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de la mujer, lo que pone en duda la validez del objeto de dicho contrato, de acuerdo a lo estipulado en el Derecho Civil de Québec, Provincia de Canadá.

✓ Escocia

En relación con el informe Warnock, expedido en Inglaterra, el profesor Mason considera que debe permitirse la maternidad de sustitución, siempre que se realice por razones médicas. Señala que es necesario que se lleve a cabo por un médico, en un hospital con licencia para efectuar la inseminación artificial o la fecundación in vitro y que los arreglos o gestiones para celebrar el contrato se realicen a través de una agencia con fines no pecuniarios. El informe también señala que la criatura se dé en adopción a la esposa de aquel cuyo semen fue utilizado para inseminar a la madre biológica, pero indicaba que en caso de que la madre subrogada decida quedarse con el niño pueda hacerlo. Esto último ha sido una de las principales razones por las que los países que se han enfrentado a la maternidad subrogada la

han prohibido. Obstante, cabe mencionar que en 1985 se dictó una Ley (Surrogate Arragements Act), que declaró ilegales las agencias comerciales, gestores y anuncios de subrogación, castigando como ofensa penal la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar los contratos onerosos de maternidad subrogada. No obstante, esta Ley no considera ilícitos estos contratos si no se actúa por interés económico o finalidad comercial.

✓ India

La maternidad de alquiler en la India es barata y las leyes son flexibles desde 2002. En 2008, la Corte Suprema de la India sentenció que la maternidad comercial estaba permitida en este país. Cabe decir, que es uno de los países en que se ha aprovechado la laxidad de la legislación en la materia para abusar de la práctica conocida internacionalmente

✓ Rusia

La Federación de Rusia es uno de los pocos países donde el alquiler de vientres está permitido legalmente. Los aspectos legales de la maternidad subrogada se rigen por el Código de Familia ruso (artículos 51.4 y 52.3) • La Ley N°. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia” (artículo 35), • La Ley Federal N°. 143-FZ “Sobre las actas de estado civil” (artículo 16.5). • La parte médica del alquiler de vientres viene regulada por la Orden N°. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia. Entre los vacíos de legislación rusa podemos destacar las siguientes cuestiones que aún carecen de una solución unívoca:

- La posibilidad de que las parejas de hecho sean acogidas por programas de subrogación gestacional.
- Utilización de madres de alquiler para la terapia de la infertilidad en mujeres solas;
- Alquiler de vientres para hombres solos.

El gran inconveniente de la legislación actual es que la madre de alquiler no está obligada a dar su consentimiento para que los padres biológicos sean inscritos como los padres del niño que haya gestado y, en principio, ella puede quedarse con el niño

✓ Suecia

En esta legislación no se permite el nacimiento de hijos por medio de maternidad subrogada, cuando se obtiene como pago una contraprestación en dinero, como ganancia del servicio prestado y para dar validez, además de cumplir con la prohibición de no comercializar con la maternidad subrogada, se debe dar eficacia jurídica a la relación de filiación de la madre contratante con el hijo, a través de la figura de la adopción. Se impone un requisito en la Ley para que el procedimiento tenga validez y es que la mujer estéril adopte al niño de la madre que ha dado a luz, por que la legislación sueca, tampoco permite la adopción, cuando a cambio se da una retribución económica. En general no se permite el comercio para obtener hijos así se pueden realizar los contratos de “sustitución de útero”, pero sin que haya de por medio un compensación económica. • El primer Estado en regular de forma específica la inseminación artificial fue Suecia, en su Ley de 1984/1.140, de fecha 20 de diciembre de 1984, que entró en vigencia el día 1 de marzo de 1985. La Ley de 1 de marzo de 1985 prohíbe la actividad de maternidad subrogada cuando existe remuneración económica e impide a la mujer estéril que participa y encarga la gestación de sustitución poder adoptar al hijo encargado a la gestante, porque el Derecho Civil sueco no permite la adopción cuando se produce retribución económica.

Dicha ley fue precedida por los estudios del Comité de Inseminación, creado el 3 de diciembre de 1981 por el Gobierno sueco para el estudio del FIV y de la IA, que publicó en el mes de septiembre de 1983 sus primeros trabajos. En dicha labor se destacó como muy poco deseable la técnica de la maternidad subrogada por presumirse razonablemente que los niños serían objeto de convenios crematísticos éticamente indefinibles.

La Ley 711/1984 del 14 de junio, de fertilización in vitro, muy breve y con tan solo cuatro artículos, declara en el 2º que “la introducción en el cuerpo de la mujer de un óvulo fecundado externamente sólo se permite: 1. Si la mujer es casada y lo consiente. 2. Si lo consiente el cónyuge o convivete dando consentimiento escrito y 3. Si el óvulo es de la mujer y ha sido fecundado con esperma del marido o convivete. Ello supone, una vez más, la prohibición de las técnicas de la maternidad subrogada. El Artículo 4º impone sanción pecuniaria o reclusión hasta seis meses. Creemos que esta pena alternativa y no acumulativa es más adecuada para su adaptación a las circunstancias del caso y de las personas”. La tendencia actual es

la asimilación de la pareja estable al matrimonio a la hora de autorizar la procreación asistida. Así se puede constatar el informe sueco sobre fecundación in vitro.

PAISES DONDE NO EXISTE REGULACION EXPRESA¹⁵

✓ Argentina

La legislación relacionada a las técnicas de inseminación artificial, la encontramos en el Artículo 250 del proyecto de los Senadores Menem y Sánchez, al proponer que: Artículo 250 del proyecto de los Senadores Menem y Sánchez: “En caso de que el hijo hubiese sido concebido mediante inseminación artificial heteróloga, el marido sólo podrá impugnar la paternidad en el caso de que no hubiese dado expreso consentimiento a tal procedimiento”. Por otra parte, el Código Civil de la República de Argentina precisa a través de diversos artículos que son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno. Artículo 242. La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido. En la realidad legislativa, no se ha legislado sobre las técnicas de inseminación artificial, como consecuencia, tampoco sobre los contratos de maternidad subrogada. Sin embargo, se tiene un Proyecto de Ley para la regulación de la Reproducción Humana Asistida 201059 el cual abre la puerta al debate y posible conducción a la creación de una Ley que incluya a la maternidad subrogada como práctica lícita.

✓ Colombia

La regulación legal de las técnicas de reproducción asistida y si bien los efectos civiles de los procesos científicos no tienen regulación en Colombia, estas prácticas son consideradas lícitas en la medida en que cuentan con reconocimiento jurídico a nivel constitucional, legal y administrativo. Aspecto Legislativo Los hijos nacidos por métodos de reproducción asistida, tienen igualdad de derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 42 de la actual Constitución Política, tal como se señala textualmente: La familia es el núcleo

¹⁵ Información sacada de la página: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>

fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable... En Colombia no existe legislación civil sobre el tema. Hay una urgente necesidad de reglamentar todo lo relativo a éstas técnicas ya que las leyes vigentes no son suficientes para resolver los potenciales conflictos que se puedan presentar en esta materia. La Corte Suprema de Justicia está tomando conciencia de los avances de la ciencia. Por esto, con la declaración de inexecutable de la expresión "de derecho" del artículo 92 del Código Civil, se ha abierto espacio a considerar como legítimo al hijo nacido en los casos excepcionales de gestaciones extemporáneas, casos que suceden con alguna frecuencia en los embarazos obtenidos con la ayuda de técnicas científicas. Artículo 92.- Se presume que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento.

"Maternidad Legítima. 1. Existencia de matrimonio. 2. Que la mujer haya dado a luz y que el hijo que pasa por suyo sea realmente el producto de ese parto. Con respecto al primer requisito, cabe resaltar que según la legislación se debe mirar a la madre sustituta sin importar si es genética o gestacional, ya que la maternidad se establece por el solo hecho del parto. Como ya sabemos, en este tipo de maternidad la mujer que da a luz al niño es diferente a la mujer que lo va a criar y que será considerada como madre del mismo. En la maternidad genética, la madre sustituta, es decir la que lleva al niño en su vientre, aporta el óvulo para llevar a cabo el proceso de fecundación. En la gestacional, por el contrario, la mujer que lleva el hijo en el vientre, es decir la madre sustituta, gesta el embrión, pero no tiene vínculo genético con él por cuanto su óvulo no fue utilizado en el proceso de fecundación. La calidad de hijo legítimo o extramatrimonial se tendrá de acuerdo con la situación civil de la madre sustituta"⁶⁰ En cuanto a esto, Emilssen González de Cancino afirma que: "La relación de maternidad se predica en los casos de gestación sustitutiva, entre la madre que produce el alumbramiento y el hijo producto de ese parto, tal como se deduce de las disposiciones del Código Civil: artículo 90 y concordantes. Si la mujer que aparece como madre biológica- la del parto - estaba unida en matrimonio legítimo, el niño tiene por padre al marido (art.

213 y concordantes) y la impugnación de la paternidad solo puede adelantarse con los requisitos legales y por iniciativa del marido (art. 214 y 216) mientras el matrimonio subsista”.

✓ Costa Rica

Mediante un Decreto del 3 de Marzo de 1995, de regulación de la reproducción asistida, propone una legislación innovadora, que reforma algunos preceptos de su Código de Familia de 1972, que ya incluía algunas precisiones sobre la materia. Destaca en esta normativa el hecho de que se limita la realización de estas técnicas solamente al ámbito del matrimonio, esto es, entre cónyuges (art. 1 del Decreto); que sólo se podrán llevar a cabo por equipos profesionales interdisciplinarios debidamente capacitados (art. 3); además, las células germinales, óvulo y espermatozoide, deben contar con una certificación expedida por el citado equipo profesional, constancia suscrita por la pareja conyugal, exámenes clínicos que demuestren que los participantes no son portadores de enfermedades, y una certificación de Registro notarial donde se haga constar el matrimonio de la pareja (art. 4); el recurso al tercer donante deber ser en último extremo, con finalidad terapéutica, y el donante ha de ser mayor de edad, soltero, con previa autorización expresa del Ministerio de Salud (art. 5), y con el límite de una sola vez para efectuar la donación (art. 7), y la prohibición de fertilización de más de seis óvulos de la paciente por ciclo de tratamiento (art. 9).

✓ Estados Unidos de América: En la actualidad no existe legislación particular sobre este tópicos en la mayoría de los Estados).

Al ser este un país federal, compuesto por estados independientes, existen tantas legislaciones como estados. En este sentido, cada estado tiene competencia, al igual que en el resto de las materias, para legislar sobre derecho de familia. Por ello, es que no existe un derecho de familia federal, sino que cada estado tiene el suyo propio y esto es lo que nos lleva a observar el distinto tratamiento que se le da, concretamente, a la maternidad subrogada en el país del norte. Al observar las distintas legislaciones estatales, podemos concluir que, si bien no hay leyes que permitan expresamente la práctica de la maternidad subrogada, tampoco las hay aquellas que la prohíban y por ende, existe una tendencia a la permisividad de la práctica de esta técnica.

En la actualidad no existe legislación particular sobre este tópico en la mayoría de los estados.

La figura jurídica de la maternidad subrogada posee su fundamento jurídico esencial en el Derecho a la Privacidad que tiene todos y cada uno de los ciudadanos norteamericanos, en la firme intención de que utilizando como base moral y fundamento legal la libertad de privacidad y el derecho a la procreación, logren en uso de las técnicas de reproducción humana conformar y constituir una familia.

Uno de los principales motivos, para que en los Estados Unidos, se modificaran sus criterios legislativos sobre la maternidad subrogada, fue el hecho de la falta de leyes que la prohíban o reglamenten, lo que contribuyó para que este tipo de convenios aumentaran paulatinamente. Dos aspectos son los que principalmente se pretenden y son la validez y la flexibilidad de los contratos de arrendamiento de útero, que a todas luces es un negocio muy próspero en este país. El derecho a la privacidad, conforme a la carta magna norteamericana, es el que tiene un individuo de tomar decisiones en el ámbito familiar sin intromisión del Estado, a excepción de que éste, tenga a bien demostrar la existencia de un interés superior, es decir un interés social o público, que sirva como justificación de su acción. La declaración de la existencia de ese derecho proviene de la decisión de la Suprema Corte de Justicia al resolver casos de anticonstitucionalidad de Leyes Estatales en relación con la procreación. Y son los siguientes: Es importante destacar que dentro de la legislación vigente en los Estados Unidos, la figura de la maternidad subrogada existe formalmente al encontrarse prevista e incluida en la legislación civil de diecisiete Estados de la Unión Americana, como lo son: Arizona, Arkansas, Florida, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Michigan, Ohio, Nebraska, Nevada, Nueva Jersey, Dakota del Norte, Utah, Washington y Wisconsin. Esto nos demuestra y comprueba que la figura jurídica de la maternidad subrogada existe jurídicamente dentro del Estado de Derecho que constituye a los Estados Unidos de América, considerada como un Derecho Civil del Hombre.

Uno de los estados que ha legislado al respecto es California. En este estado, se aceptó la figura de la maternidad subrogada. Los acuerdos, sean estos en la forma de contratos o acuerdos particulares, pueden ser ejecutados coercitivamente, y consecuentemente, tienen valor legal. Otro punto de importancia es que en California, los padres genéticos o biológicos son considerados como los verdaderos

padres de la criatura que nace por esta vía, entendiéndose como tales los padres a los cuales se les conceden los derechos maternofiliales. Son los padres contratantes los que han tomado la decisión de tener descendencia, y son ellos los que han tomado la iniciativa de llevar a cabo esta técnica, a la cual debieron acudir por no haber podido tener un niño por los métodos naturales.

De otra parte, existen también proyectos de leyes en los estados de Illinois, Maryland, Massachussets, Minnesota, Missouri, New Jersey, Oregon, Pennsylvania y South Carolina en los cuales se admiten la maternidad subrogada, tanto cuando existe una contraprestación económica como cuando no la hay. Es necesario señalar que el estado de Michigan ha sido el primero en promulgar una ley en la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada cuando exista una contraprestación económica de por medio.

Como consecuencia del asunto Baby M., la década de los ochenta se ha caracterizado en los Estados Unidos por la necesidad de regular las situaciones producidas por el fenómeno de la maternidad sustituta. A tal fin, en 1987 se elaboraron proyectos de ley en casi la totalidad de los estados, aunque tan solo Arkansas, Nevada y Louisiana tienen leyes ya aprobadas. En Arkansas su normativa prevé que si una pareja contrata con una madre subrogada soltera, aquéllos son los padres legales del niño y no la madre portadora. En Louisiana no son exigibles los contratos de maternidad subrogada realizados mediante precio.

Por último, señalaremos que en los Estados Unidos no existe una legislación unitaria en esta materia. De los proyectos legislativos existentes, 5 pretenden su prohibición (Alabama, Illinois, Iowa, Maryland y Wisconsin) y otros siete intentan vetar únicamente la llevada a cabo de modo comercial (Florida, Kentucky, Michigan, New Jersey, New York, Oregon y Pensilvania). Varios proyectos de Ley se han presentado, pero, que conozcamos, ninguno ha sido aprobado aún y la legislación estatal vigente sobre inseminación artificial, no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

En cuatro jurisdicciones: el Distrito de Columbia, Florida New York y Wisconsin, aceptan específicamente sólo la subrogación gratuita, por otra parte los proyectos legislativos de por lo menos una docena de Estados están de acuerdo con los contratos de maternidad subrogada, tanto los onerosos como los gratuitos;

California, Illinois, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvania y South Carolina. El proyecto de New Jersey autoriza la subrogación, limitando el pago a la cantidad de diez mil dólares. Y en el Estado de South Carolina, la subrogada no recibe más compensación que los gastos médicos, si ella aborta durante o después del quinto mes.

✓ Inglaterra

Referente a maternidad subrogada tenemos lo contenido en el informe Warnock del mes de junio de 1984. En este informe se alude que existe una laguna legal, y por consecuencia no es perseguida la maternidad subrogada, no obstante debe realizarse una ley y además tendría que considerarse como delito, cuando se haga por dinero. “En el Reino Unido y en Irlanda del Norte, se ha aprobado recientemente una Ley, en la que se prohíbe realizar de manera comercial el arrendamiento del útero, llegando hasta el extremo de penar la publicidad para propiciar dichas contrataciones, y la gestación.”

Para reprimir el posible tráfico lucrativo, en el Reino Unido se realizó una Ley y esta es la Surrogacy Arrangements Act 1985 expedida el 16 de Julio de 1985 y en la cual se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar a la realización de acuerdos o contratos de maternidad subrogada. Esta norma define a la madre sustituta como aquella mujer que da a luz un niño en cumplimiento de un contrato, con el propósito de entregar la criatura a otra u otras personas y prohíbe también de manera expresa iniciar o colaborar en las negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de maternidad de subrogación, así como recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de maternidad portadora o sustituta.

“... Como consecuencia de lo expuesto, hay que destacar que la maternidad de subrogación, gratuita o sin precio, no puede reputarse ilegal en Gran Bretaña, y que ni el pago o el cobro entre la sustituta y los futuros padres puede reputarse ilegal, pero una vez efectuado dicho pago las partes

Dicha Ley acopió la primera recomendación al dejar claro que queda prohibido comercializar con la maternidad subrogada. En su parágrafo 2, menciona que: cualquier actividad, sean personas físicas o morales, de mediación lucrativa entre

quienes podrían participar en este tipo de contratos, y la publicidad y propaganda para facilitar dichas contrataciones. En su párrafo 3, menciona que: la Ley prohíbe las negociaciones de cualquier índole y participación en materia de maternidad subrogada “on a commercials basis”. Pero tiene sus excepciones, porque no castiga a los particulares, a la mujer que arrienda su útero, ni tampoco a la pareja que requirió el servicio, aunque como contraprestación de dicho servicio haya mediado una cantidad de dinero. Lo que se pretende prohibir no es tanto el lucro de los servicios de maternidad subrogada. Lo que se quiere prohibir son las acciones mediadoras en estos servicios con fines mercantiles de mediación. Por su parte una segunda Ley inglesa, la human Fertilisation and Embryology Act 1990, recoge la segunda recomendación, inserta en su párrafo 36, cuando declaró que no es ejecutable ningún acuerdo de maternidad subrogada; y en su párrafo 27, ordena que la madre que gestó al hijo sea considerada como madre para todos los efectos legales.

De acuerdo a este cuadro, puede verse la tendencia actual, ya que mientras hay países que ya cuentan con instrumentos legales que permiten la práctica de la maternidad subrogada, existen por otro lado, países que de manera expresa niegan tal posibilidad, mientras que por otra parte hay muchos países también que aún no tienen de forma expresa nada en la materia, si empiezan a tener inquietud dentro de sus legisladores, o de determinados sectores de que se cuente con mecanismos que den viabilidad a este tipo de actividades, a través de las cuales en términos generales una tercera mujer puede dar a luz a un hijo que genéticamente no le corresponde, y por ende deberá entregarlo a sus padres biológicos, ello con un contrato de por medio que garantice el cumplimiento de todas las partes.

Se presenta un acercamiento a diferentes países, para conocer lo que otros han realizado, analizar su normatividad y realizar las comparaciones necesarias, sobre los criterios que manejan para regular los arrendamientos del útero, ya que es mediante el estudio y análisis de cualquier figura del derecho como resulta más interesante y enriquecedora la investigación sobre el surgimiento de un fenómeno jurídico como es el de la maternidad subrogada.

2.2. OBJETIVOS:

2.2.1. OBJETIVO GENERAL:

Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico, doctrinario y legal la sentencia CASACION N° 563 – 2011 LIMA emitida por LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA; derivada del expediente número 563-2011 en los seguidos por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone con Isabel Zenaida Castro Muñoz sobre adopción de menor.

PROCEDENCIA DE ADOPCION DERIVADA DE UN ACUERDO DE VIENTRE DE ALQUILER. CASACION N° 563 – 2011 LIMA”

2.2.2. OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- Determinar la procedencia de adopción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler.
- Identificar si el arrepentimiento de la madre que alquiló su vientre pueda impedir la adopción del menor.
- Determinar si la adopción por excepción en casos de vientre de alquiler es procedente.

2.3. VARIABLES

2.3.1. Identificación de las variables

- VARIABLE INDEPENDIENTE:

La adopción por excepción.

- VARIABLE DEPENDIENTE:

Acuerdo de vientre de alquiler

- **Variable cohorte**

Procede

2.4. SUPUESTOS.

- Procede la adopción del padre biológico que no inscribió como tal en la partida de nacimiento del menor sino el conviviente de la madre de alquiler.
- La adopción por excepción procede en la vía judicial, solo en caso de menores de edad por convenios de vientre de alquiler.
- La procedencia de la adopción derivada de un vientre de alquiler puede ser revocada por la madre gestante.

CAPÍTULO III

3.1. METODOLOGÍA

La presente investigación ha utilizado el método **descriptivo** de tipo socio jurídico

3.2. MUESTRA

La muestra de estudio estuvo constituida por la Sentencia CASATORIA N° 563 – 2011 LIMA. Expediente N° 563-2011 caso Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre el expediente judicial N° 563-2011 caso: Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone. Se analizó el sistema de adopciones que contiene el Código de los Niños y Adolescentes, el código civil y la Constitución Política del Perú

FICHAJE DE MATERIALES ESCRITOS para obtener la información del marco teórico y la situación de la legislación para su incorporación dentro de la legislación civil.

3.4. PROCEDIMIENTOS DE RECOLECCIÓN

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se tuvo que descargar vía web de la Corte Suprema de Justicia de la República
2. Se realizó el análisis del expediente N.º 563-2011 desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco Constitucional general al específico civil (de la adopción y vientre de alquiler).
3. Se procedió a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.

5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la Constitución Política del Perú, Código Civil, Código de los Niños y Adolescentes y el expediente N.º 563-2011.
6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a la sentencia de Casación derivada del EXP. N° 563-2011 Caso Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS RIGOR Y ÉTICA

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

Con respecto al análisis del expediente estudiado, de acuerdo a la sentencia de Casación N° 563 – 2011 LIMA. caso Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sanson de fecha 06 de diciembre del 2011 declaró:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto por Isabel Zenaida Castro Muñoz, en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de fecha treinta de noviembre del dos mil diez que declara fundada la demanda. Por las siguientes consideraciones:

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.

La 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.

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. También pueden ser adoptados por otras personas pero manteniendo un enlace familiar, ante lo cual el proceso será judicial.

Pese al desistimiento, en primera y segunda instancia se declaró fundada la demanda de adopción por excepción interpuesta por los comitentes. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación, alegando: a) transgresión del artículo 115 CNA, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor; b) infracción del artículo 128 CNA, inciso b), porque la adoptante, presunta tía demandante, Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, Paul Frank Palomino Cordero , familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) infracción del artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes

carecían de solvencia moral. y d) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.

Debe primar el Interés Superior de la Niña, quien se encuentra viviendo con los pre adoptantes desde que contaba con nueve días de nacida, habiéndose acreditado con los informes psicológicos y sociales que la menor se encuentra viviendo en un adecuado ambiente familiar recibiendo el amor de madre de la demandante, quien pese a no tener vínculos consanguíneos con la misma le prodiga todo lo necesario para su desarrollo integral, y el amor de padre por parte del demandante quien si es padre biológico de la menor, por lo que la carencia moral de los demandantes que alega la recurrente no es tal justificándose el accionar de los mismos por los imperiosos deseos de ser padres, conducta que no puede ser reprochada dada la conducta que han demostrado al interior del proceso y fuera de este con la menor, aunado a ello que la carencia moral que alegan no ha sido advertida por el equipo multidisciplinario ni la Asistente Social del Poder Judicial.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

1. En el petitorio de la demanda es la adopción por excepción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler. Es el caso de un matrimonio (doña D.F.P.Q y don G.S) que encargó a una mujer (I.Z.C.M) la gestación de una niña, que debía ser entregada a los esposos tras su nacimiento. A cambio de la niña, la pareja comitente pagó a la gestante. La fecundación del bebé se realizó con el gameto del esposo (G.S), biológicamente, la niña alumbrada era hija del comitente y de la madre de alquiler. Tras el nacimiento de la menor, la filiación materna se inscribió a favor de la gestante y, la paterna, a favor de su conviviente (P.F.P.C), quien realizó un reconocimiento de la menor. La niña, de nueve días de nacida, fue entregada a los esposos contratantes, pero la madre de alquiler y su pareja se arrepienten de finalizar el proceso y se desisten de continuar con la adopción. Ante ello, la madre portadora y su pareja interponen recurso de casación. alegando: a) transgresión del artículo 115 CNA, por no proceder la adopción debido a que el padre adoptante era a la vez el padre biológico de la menor; b) infracción del artículo 128 CNA, inciso b), porque la adoptante, presunta tía demandante, D.F.P.Q, no guardaba ningún parentesco con la menor. Ello a causa de que el padre legal, P.F.P.C, familiar de dicha adoptante, no era el padre biológico; c) infracción del artículo 378 Código Civil, incisos 1 y 5, debido a que los adoptantes carecían de solvencia moral.
2. Expuesto el problema, la Corte Suprema fundamentó en que sí procedía la adopción porque la paternidad que figuraba en la partida de nacimiento era la de P.F.P.C. Por tanto, éste era el padre legal de la niña y la comitente demandante, la tía de la menor. Asimismo, estableció que existía un conflicto entre el interés superior de la niña a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercer la patria potestad.
3. Ante este dilema, y basado en el comportamiento de la gestante y su pareja, dispuestos en un principio a renunciar a su hija a cambio de dinero, resolvió que había de primar el interés superior de la niña a que continúe viviendo con los demandantes, quienes, sostuvo el Tribunal, le proporcionaban un ambiente adecuado. sin embargo, ser objeto de recurso de casación por parte de la madre que alquiló su vientre, no estuvo regulado por la legislación nacional. Por

lo que la Corte Suprema sustentó la adopción proveniente de un vientre de alquiler en el interés superior del niño. Existiendo a la fecha una incertidumbre jurídica en caso de que no haya entregado a la menor a los demandantes.

4. En tal sentido, corresponde examinar si la adopción por excepción respecto de un contrato del vientre de alquiler no regulado en la legislación nacional puede ser cumplida por el interés superior del niño pues constituye un principio fundamental que rige a favor de los niños cuyo ámbito de protección es amplio.
5. Dado que el vientre de alquiler se efectúa sin el respaldo legal no siempre puede exigirse su cumplimiento porque no está regulado en la legislación nacional, tampoco está prohibido, en la Ley General de Salud Ley 26842 que regula el tratamiento de infertilidad, es decir no prohíbe el tratamiento de infertilidad y no regula el vientre de alquiler.
6. En efecto, la Constitución, conforme el artículo 4 que la comunidad y estado protegen especialmente al niño y adolescente es decir protege el interés superior del niño, asimismo está previsto en la Declaración de los Derechos del Niño y adolescentes y en la Convención sobre los derechos de las que somos Estado parte., el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.
7. En la legislación nacional, no está regulada la maternidad subrogada, conocida como vientre de alquiler.
8. En la casación N° 563-2011 sobre adopción por excepción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler, con carácter de precedente se aplica solo para los casos donde prima el interés superior del niño sobre el derecho de la madre gestante, por haber entregado a la menor a los 9 días de nacida.
9. En caso de haberla entregado a la menor como lo convenido, el interés superior del niño no sería aplicable puesto que la madre biológica tendría el derecho de tenerlo, porque no hay norma que la obligue al no estar legislado.
10. Estoy de acuerdo con la casación emitida materia de la presente investigación, pero a mi criterio no es suficiente esta casación para resolver los diversos casos que se presentan en la práctica, para lo cual requiere se incorpore en el derecho de familia la maternidad subrogada, como está regulada en el derecho comparado

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

- En el Perú es el primer pronunciamiento sobre el vientre de alquiler mediante la Casación N°563-2011-Lima, la cual resuelve que es derecho de un menor engendrado por fecundación asistida (vientre de alquiler) a tener una familia idónea y que prevalece sobre el derecho de la madre biológica.
- En el Perú la Ley General de Salud Ley 26842 regula el tratamiento de infertilidad. Y no regula el vientre de alquiler ni la prohíbe.
- Existen casos de vientre de alquiler dados en forma clandestina sin regulación en el Código Civil, que a nuestro parecer debería de legislarse para resolver los conflictos derivados de estos.
- La adopción por excepción si procede en el Perú, en caso de vientre de alquiler
- El interés superior de niño regulado en la Constitución Política, así como en la Declaración de los Derechos del Niño y Adolescentes es aplicable en caso de conflicto en la adopción por excepción respecto del alquiler de vientre de una mujer
- En caso de un convenio de un alquiler de vientre, en el que no se hubiese entregado a la menor por parte de la madre gestante, no hubiera forma de obligar la entrega de la menor, porque tanto la madre gestante como el padre que lo inscribió no tendrían ninguna obligación de entregar a la menor a la demandante, la solución es que se regule el vientre de alquiler para resolver las incertidumbres y conflictos derivados de estos.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

- Si bien se ha dado en el Perú el primer pronunciamiento sobre el vientre de alquiler mediante la Casación N°563-2011-Lima, que resuelve el derecho del niño a tener una familia y que prevalece sobre el derecho de la madre biológica por el interés superior del niño, planteamos que se incorpore dentro de la normatividad del Código Civil la regulación del vientre de alquiler, para la solución de conflictos a) derivados de inscripción de las partidas de nacimiento de menores en forma irregular en caso de inseminación artificial con óvulos y gameto de la pareja de esposos que quisieran tener un hijo por razones de salud de infertilidad o imposibilidad de gestación por parte de la madre, b) En caso de que la madre sustituta se arrepienta de seguir gestando al menor y quisiera abortar o perder al menor o lo abandonen por arrepentimiento y otras razones, c) También, en caso de menores concebidos por el convenio de vientre de alquiler cuando el ovulo y gameto no pertenezcan a los demandantes ni a la madre de alquiler, o que los óvulos sean de la madre de alquiler y el gameto sea de un tercero, todos estos conflictos deben estar regulados en la norma del Código Civil para resolverlos con justicia y derecho.
- Proponemos que se incorpore dentro del Código Civil de Familia los supuestos casos de vientre de alquiler.
- Se incorporarse la maternidad subrogada como una forma de adopción a fin de evitar las suplantaciones de embarazo, la inscripción de los niños con apellidos de supuestos padres biológicos

CAPITULO VIII

BIBLIOGRAFIA

LIBROS:

- ✚ GALLEGOS CANALES, Yolanda y JARA QUISPE, Rebeca. “Manuel de Derecho de Familia” 2009. Lima, Perú. Juristas Editores EIRL
- ✚ MONROY CABRA, Marco Gerardo. “Derecho de Familia y de la Infancia y la Adolescencia”.11° edición, 2008. Bogotá, Colombia. Editorial ABC
- ✚ AGUILAR LLANOS, Benjamín. “La Familia en el Código Civil Peruano” 2° edición, 2008. Lima, Perú. Editorial San Marco EIRL
- ✚ CORNEJO CHAVEZ, Héctor. “Derecho Familiar Peruano” 6° edición, 1987. Lima, Perú. Editorial librería STUDIUM SA
- ✚ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. RODRIGUEZ ITURRI, Roger. CARDENAS QUIROS, Carlos y ALBERTO GARIBALDI, Alberto. “La familia en el Derecho Peruano”, 1992. Lima- Perú. Editorial e Imprenta DESA.
- ✚ ROJAS SARAPURA, Walter Ricardo. “Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes y Derecho de Familia”, 2006. Lima, Perú. Editora FECAT.
- ✚ CALDERON PUERTAS, Carlos Alberto y AGURTO GONZALES, Carlos. “La Familia”, 2010. Lima, Perú. Editor MOTIVENSA SRL
- ✚ PLACIDO VILCACHAGUA, Alex. GUTIERREZ CACACHO, Walter y REBAZA GONZALES, Alfonso. “CODIGO CIVIL COMENTADO”, 2°edicion 2007. Lima, Perú. Editor Gaceta Jurídica SA
- ✚ HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. “Procesos Judiciales Derivados del Derecho de Familia” 2008, Lima, Perú. Ediciones Gaceta Jurídica SA

PAGINAS WEB:

- ✚ [file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES SUPERIOR DEL ME NOR EN PROCESOS DE ADOPCION POR EXCEPCION.pdf](file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/INTERES_SUPERIOR_DEL_ME_NOR_EN_PROCESOS_DE_ADOPCION_POR_EXCEPCION.pdf)
- ✚ <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- ✚ <file:///C:/Users/MARIA%20%20ESTHER/Desktop/ADOPCION%20VIENTRE%20E%20ALQUILER/maternidad%20subrogada.pdf>
- ✚ <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-28-10.pdf>
- ✚ <http://www.emol.com/noticias/Tendencias/2015/04/09/741708/Utero-subrogado-y-sus-implicancias-en-Chile.html>

CAPÍTULO IX

ANEXOS

ANEXO N° 01: MATRIZ DE CONSISTENCIA

“PROCEDENCIA DE ADOPCION DERIVADA DE UN ACUERDO DE VIENTRE DE ALQUILER. CASACION N° 563 – 2011 LIMA”

AUTORA: CARMELINO CHIRINOS, Stéfani Beryl.

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLE	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Si procede la adopción por excepción por convenio de vientre de alquiler.</p> <p>Si el interés superior prima sobre el derecho de la madre biológica.</p> <p>El vientre de alquiler no está regulado en la legislación nacional.</p> <p>La Ley General de Salud regula el tratamiento de infertilidad, y no regula el vientre de alquiler ni la prohíbe.</p>	<p>GENERAL: Analizar desde el punto de vista jurídico, teórico y legal el Expediente N° 563-2011-Lima – Dina Felicitas Palomino Quicaño sobre adopción.</p> <p>ESPECÍFICOS: 1.Determinar la procedencia de adopción derivada de un acuerdo de vientre de alquiler. 2.Identificar si el arrepentimiento de la madre que alquiló su vientre pueda impedir la adopción del menor. 3. Determinar si la adopción por excepción en casos de vientre de alquiler es procedente.</p>	<p>1. Procede la adopción por parte del padre biológico que no inscribió como tal en la partida de nacimiento de la menor sino el conviviente de la madre de alquiler.</p> <p>2. La adopción por excepción procede en la vía judicial, solo en caso de menores de edad por convenios de vientre de alquiler.</p> <p>3.La procedencia de la adopción derivada de un vientre de alquiler puede ser revocada por la madre gestante.</p>	<p>-VARIABLE INDEPENDIENTE: La adopción por excepción.</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE: Acuerdo de vientre de alquiler</p> <p>VARIABLE COHORTE:</p> <p>PROCEDE</p>	<p>- Racionalidad del fallo.</p> <p>- Congruencia en el fallo del Poder Judicial.</p> <p>- Análisis del expediente.</p> <p>- Análisis de la adopción y del vientre de alquiler.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Expediente.</p> <p>TECNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS: Expediente Sentencia de Casación N°563-2011-Lima .</p>

ANEXO N° 02: EXP. N.° 563-2011 LIMA

Caso Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone.

SENTENCIA: CASACION

Lima, seis de diciembre del dos mil once.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA: 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).

TERCERO.- Que a fin de establecer si en el caso de autos, se ha incurrido en la infracción normativa, es necesario efectuar un análisis de lo acontecido en el proceso: i) Por demanda de fojas noventa subsanada a fojas ciento seis, doña Dina Felicitas Palomino Quicaño y don Giovanni Sansone, interponen demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, nacida el veintiséis de diciembre de dos mil seis, arguyendo como fundamentos de hecho de la demanda que la niña cuya adopción solicitan, es hija de don Paúl Frank Palomino Cordero, quien a su vez es hijo de José Palomino Quicaño, hermano de la co demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, por lo que invocan el supuesto

normativo a que se contrae el inciso “b)” del artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes. Agregan, que a la niña la tienen en su poder desde el dos de enero de dos mil siete, fecha en que los padres biológicos la entregaron provisionalmente.

ii) los demandados contestan la demanda a fojas ciento veintidós y ciento treinta y dos, precisando que se allanan y reconocen la demanda en los términos que allí constan; iii) tramitado el proceso conforme a su naturaleza, el juez expidió sentencia declarando fundada la demanda, sustentada en los siguientes argumentos: a) con el acta de nacimiento de fojas veintiuno se encontraba acreditado el nacimiento de la niña Vittoria Palomino Castro, siendo su madre biológica dona Isabel Zenaida Castro Muñoz, figurando como padre biológico don Paúl Frank Palomino Cordero, habiendo sido reconocida por ambos emplazados, motivo por el cual dicha partida es medio probatorio de la filiación conforme al artículo 387 del Código Civil; b) que, si bien es cierto, de los resultados de la prueba de ADN de fojas mil treinta seis se desprende que el demandado Paúl Frank Palomino Cordero no es padre biológico de la menor, sino el propio demandante Giovanni Sansone, lo es también que el acta de nacimiento de la menor que obra a fojas veintiuno, constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad, en virtud de lo dispuesto por el artículo 58 de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – Ley 26497, que establece que “las constancias de inscripción emitidas por el Registro Nacional de Identificación y estado civil, serán consideradas instrumentos públicos y probarán fehacientemente los hechos a que se refieran, salvo que se declare judicialmente su nulidad de dicho documento”; c) que, mediante escritos de fojas doscientos veintiuno, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos setenta y uno y trescientos catorce la codemandada Isabel Zenaida Castro Muñoz se desiste del proceso de adopción, sin embargo éste se tuvo por no presentado pues luego que fue requerida por el Juzgado a fin que precise el acto procesal materia de desistimiento, realizó subsanación defectuosa, resolución que no fue impugnada oportunamente; e) no obstante ante la duda del asentimiento o no de la madre biológica, se tuvo en cuenta el principio del Interés Superior del Niño y el respeto de sus derechos, por tanto, al encontrarse en oposición el derecho de la madre de prestar su asentimiento en un proceso de adopción y el derecho de la niña a tener una familia, y, por ende, continuar siendo parte de la que conforma desde su nacimiento con los demandantes, consideró que debía preferirse el derecho de esta

última a tener una familia, cuya salud física, solvencia moral de los pre adoptantes, estaba acreditada; iv) la Sala Superior confirmó la sentencia que declaró fundada la demanda, mediante sentencia de fecha treinta de noviembre del año dos mil diez, sustentándola en los siguientes argumentos: a) que, los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz figuran formal y legalmente como progenitores de la niña Vittoria Palomino Castro y ellos voluntariamente la entregaron a los pre-adoptantes a los días de nacida, renunciando y desentendiéndose de este modo y por completo de las responsabilidades que como madre y padre tenían con su hija; b) ha quedado demostrado con los informes sociales y psicológicos que la niña se encuentra plenamente identificada con el entorno familiar constituido por los pre - adoptantes, al vivir con ellos desde los primeros días de su existencia; c) que, si bien mediante la prueba de ADN se ha establecido que el progenitor de la niña es el demandante Giovanni Sansone, confluyendo en su persona una doble calidad como padre biológico y como pre - adoptante, no es menos cierto que por esta vía o por acción posterior el reconocimiento de su situación legal de padre será resuelta a su favor, por lo que no existe razón alguna para mantener en la incertidumbre la existencia de dicha relación paterno filial, y, por ende, impedir que la niña goce de la filiación paterna a que tiene derecho y cuya naturaleza u origen no podrá ser mencionada en documento alguno; d) se señala que la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja por el vínculo que existía y con la intención de mejorar su situación para viajar a Italia con su familia, lo que dista de la lógica de una maternidad responsable respecto del hijo que iba a engendrar, lo que revela en los demandados su intencionalidad en la concepción de un ser humano con fines distintos a la maternidad o paternidad, razón por la cual el Colegiado se aparta del previsión legal contenida en el artículo 378 inciso 5) del Código Civil referente al asentimiento de los padres para la adopción, privilegiándose el derecho fundamental de la niña a permanecer con la familia que le ha brindado protección, atención y cariño frente al derecho de la patria potestad de un padre y una madre que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desvalorizando la condición humana de la niña.

CUARTO.- Que, la recurrente en su agravio denuncia: i) la infracción normativa sustantiva del artículo 115 del Código de los Niños y Adolescentes¹; precisando que no procede la adopción, ya que el padre biológico de la menor, Giovanni Sansone, sabe que solicitó la reproducción asistida en la Clínica Miraflores, que la niña Vittoria Palomino Castro es su hija biológica y legal, por tanto no procede esta figura de la adopción entre padres biológicos; ii) la infracción normativa sustantiva del artículo 128 inciso b del Código de los Niños y Adolescentes²; sosteniendo que se afirma que la accionante, es tía del padre demandado, y por ende, también pariente de la niña a ser adoptada, sin embargo la presunta tía demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, no guarda ningún parentesco consanguíneo o de afinidad con Vittoria Palomino Castro, al no ser Paúl Frank Palomino Cordero su verdadero padre, esto es, no ser su padre biológico; por lo que, al no tener Dina Felicitas Palomino Quicaño, ningún parentesco con la menor, no puede darse la demanda de adopción por excepción; iii) la infracción normativa sustantiva del artículo 378 inciso 1) y 5) del Código Civil³; arguye que para que proceda la adopción se requiere que los adoptantes gocen de solvencia moral y que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; sin embargo los pre- adoptantes no gozan de solvencia moral para adoptar a su menor hija, pues a lo largo del proceso han mentido no solo al juzgador sino a los recurrentes, a fin de engañarlos y quedarse con su hija. Hechos que no han sido tomados en cuenta al momento de sentenciar; y iv) la infracción normativa sustantiva del artículo 381 del Código Civil⁴; sustentan que si no fuera porque los recurrentes en las audiencias de autos, manifestaron que Giovanni Sansone era el padre biológico de la menor Vittoria Palomino Castro, nunca se hubiera sabido la verdad, por tanto, siempre se han conducido con la verdad al contrario de los demandantes quienes los engañaron y estafaron a los jueces a fin de tener un derecho que no les corresponde.

QUINTO.- Que, al respecto se debe precisar previamente que, encontrándonos ante un proceso en el que se encuentran involucrados derechos fundamentales de una niña, corresponde aplicar el derecho bajo estricta sujeción del Interés Superior del Niño y el Adolescente, consagrado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, según el cual “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo,

Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos.”,

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

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

que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos...”

OCTAVO.- Que, bajo estas premisas y atendiendo el Interés Superior del Niño y Adolescente se encuentra acreditado que: i) los demandantes y los demandados, acordaron que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se sometían a un proceso de fecundación asistida a fin de procrear a la menor Vittoria Palomino Castro, para que luego ésta sea entregada a los demandantes, lo que se concretó; ii) la menor Vittoria Palomino Castro nació el veintiséis de diciembre de dos mil seis según consta en el acta de nacimiento de fojas veintiuno, donde los demandados Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz constan como padres y declarantes; iii) la menor Vittoria Palomino Castro fue entregada por sus padres a los pre adoptantes demandantes el cuatro de enero del año dos mil siete, cuando contaba con nueve días de vida, según consta en el acta de entrega de fojas veintidós, iv) la menor se encuentra bajo el cuidado de los demandantes desde el cuatro de enero de dos mil siete ininterrumpidamente; v) los demandados luego de haber entregado a su menor hija, manifiestan su disconformidad con el proceso de adopción iniciado, por lo que no se cumpliría con el requisito estipulado por el inciso 5) del artículo 378 del Código Civil; vi) el demandante Giovanni Sansone, según la prueba de ADN de fojas mil treinta y seis, es el padre biológico de la niña Vittoria Palomino Castro; vii) al no ser padre de la menor, el demandado don Paúl Frank Palomino Cordero, no existiría vínculo de parentesco consanguíneo entre la niña y la demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño; viii) los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que le sean favorables, por el contrario, tenemos que: a) el informe social N° 016-2008-EM-SS-AT que en sus conclusiones señala: “los demandados integran un hogar convivencial, procrearon tres hijos, una hija cursa la educación primaria, un hijo la educación inicial y la última hija es la menor pre adoptada. Los Sres. Palomino Castro entregaron de propia voluntad a los demandantes a fin de asumir su crianza, al parecer por no contar con los recursos económicos suficientes”; b) el informe psicológico N° 1567-2008MCF-PSI practicado a la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz que en sus resultados – último párrafo – señala: “se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le

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

NOVENO.- Que, corresponde analizar las infracciones denunciadas, así tenemos que la primera y segunda causal denunciadas carecen de sustento, dado que si bien es cierto, la adopción entre padres e hijos no corresponde, en el caso de autos se debe considerar que si bien existe una prueba de ADN que acredita que el demandante Giovanni Sansone es padre biológico de la menor, es de tener en cuenta que la prueba legal de paternidad es el acta de nacimiento, en la cual el demandado Paúl Frank Palomino Cordero declara a la menor como su hija, por lo que el acta de nacimiento constituye documento público que mantiene su eficacia jurídica al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad; no correspondiendo a este proceso de adopción determinar la paternidad de la menor. En consecuencia la menor legalmente es hija Paúl Frank Palomino Cordero y en consecuencia sí resulta ser sobrina de la demandante Dina Felicita Palomino Quicaño, reiterándose debiéndose precisar que nos es materia de pronunciamiento la paternidad de la menor.

DÉCIMO.- Que, la tercera y cuarta causal denunciadas no pueden ser amparadas, dado que, si bien es requisito que los padres del adoptado asientan y la adopción no puede hacerse bajo modalidad alguna, se debe resaltar que la sentencia de vista ha resuelto bajo estricta observancia del Interés Superior del Niño y del Adolescente (aludido en el cuarto y quinto considerando de la presente), dado que nos encontramos ante un “conflicto de derechos” de una parte el de los padres de la menor a ejercer su patria potestad y de la otra, el derecho de la menor a tener una familia idónea que le proporcione todo lo necesario para su desarrollo integral y a no

alterar su desarrollo integral; derechos que no pueden coexistir en el caso de autos, a la luz de los hechos detallados en el octavo considerando, pues nos encontramos ante padres que premeditadamente han acordado procrear un ser humano con la finalidad de entregarlo a otras personas, para a cambio recibir beneficios, que si bien los demandados niegan que hayan sido económicos, de sus propias declaraciones se advierte que su proceder tenía por finalidad mejorar su situación y viajar a Italia con su familia, además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de gestación de la demandada y en otros casos como una “ayuda económica” quedando evidenciado que el actuar de los demandados ha estado plagado en todo momento por un interés

UNDÉCIMO.- Que, aunado a lo antes precisado se debe considerar el deplorable accionar de los demandados, pues luego de haber suscrito la demandada de adopción conjuntamente con los demandantes, precisando “DEMANDADOS: Solo por razones formales deben ser considerados como demandados los padres biológicos Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz...” adjuntando, entre otros documentos, el acta de entrega provisional de menor con firma legalizada ante Notario (ver folios veintidós) donde consta que los demandados entregan a la menor a los demandantes precisándose “con el fin que a partir de la fecha la señora Dina Felicitas Palomino Quicaño y su esposo Giovanni Sansone se constituyan en los padres adoptivos de la menor Vittoria Palomino Castro”; y luego de haber reiterado su consentimiento de dar en adopción a su menor hija, en la audiencia única de fecha veintidós de agosto del año dos mil siete (ver folios ciento cuarenta y siete) la demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, mediante escrito de fecha diecinueve de junio de dos mil ocho (ver folios doscientos veintiuno) reiterado a fojas doscientos cincuenta y cuatro, trescientos cuarenta y nueve y quinientos sesenta y dos respectivamente, precisa que hasta antes de mostrar su desacuerdo con el presente proceso, tuvo en todo momento la voluntad de dar a su hija Vittoria en adopción al ser este el "acuerdo" asumido con los accionantes; refiriendo: "(...) todos los actores en la acción de adopción habíamos efectuado hechos fraudulentos con el fin de obtener provecho en perjuicio de mi menor hija..." (fojas doscientos cincuenta y cinco), “me desisto de todos los actos procesales en los que en forma personal he manifestado mi voluntad de dar en adopción a mi menor hija Vittoria Palomino Castro a favor de los esposos Giovanni

Sanssone y Dina Felicitas Palomino Quincano (...) en contubernio con ellos cometí una serie de actos ilegales, sorprendiendo al Juzgado en agravio de mi menor hija” (fojas trescientos cuarenta y nueve); “ (...) he manifestado, manifiesto y reitero que la presente acción de adopción-caso de excepción (...) es una acción fraudulenta, originada desde antes de la misma, en un contrato verbal e irregular y manipulado por los demandantes (...) con el fin de procrear mediante inseminación asistida en mi vientre un hijo con el semen de don Giovanni Sansone (...)” (fojas quinientos sesenta y dos). Aunado a ello se tiene de las copias certificadas del proceso penal N° 42961-2009 que obra de fojas mil setecientos cincuenta y dos a fojas mil ochocientos ochenta y ocho, se advierte que paralelamente al proceso que nos ocupa, el veintiocho de setiembre del año dos mil nueve, el Ministerio Público formalizó denuncia penal contra los demandados, por los delitos de Extorsión y Alteración del Estado Civil de un menor, habiéndose iniciado proceso penal mediante auto de apertura de instrucción de fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve (ver folios mil setecientos noventa y tres), proceso en el que el hecho incriminado consiste en que, los demandados habrían planeado desde un inicio ofrecer su “vientre en alquiler” y practicarse una inseminación artificial con el semen del esposo de la denunciante Dina Felicitas Palomino Quicaño y a partir de ello habrían extorsionado a los ahora demandantes con cuantiosas sumas de dinero a fin de que la Demandada Isabel Zenaida no aborte el producto, extorsión que incluso se habría prolongado después del nacimiento de la menor que responde al nombre de Vittoria con la amenaza de frustrar la demanda de adopción que interpuso la parte agraviada (los demandantes) teniéndose que los denunciados habría recibido un total de diecinueve mil ochocientos dólares americanos; asimismo se advierte de dichas copias, que con fecha quince de abril de dos mil diez se realizó la diligencia de confrontación entre Isabel Zenaida Castro Muñoz y Dina Felicitas Palomino Quicaño de la cual trasciende que la segunda de las nombradas, entregó diversas sumas de dinero a la primera, manifestando cada una diferentes montos y motivos respecto de dichas entregas. Así, mientras la preadoptante señaló que lo hizo por cuanto la demandada la amenazó con abortar, esta última indica que recibió el dinero como ayuda económica. Igualmente, al ser preguntada Isabel Castro sobre los motivos de la inseminación, respondió: “debo manifestar que fueron por dos motivos, uno por el vínculo familiar que existía, así también acepté con la intención de mejorar mi situación y viajar a Italia con mi familia”.

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

en la Convención sobre los Derechos de las que somos Estado parte; debe declararse infundado el recurso

4.- DECISIÓN: Por tales consideraciones expuestas y estando a la facultad conferida por artículo 397 del Código Procesal Civil; declararon: a) **INFUNDADO** el recurso de casación de fojas mil novecientos noventa y siete, interpuesto por Isabel 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**