

# LA INSUFICIENCIA NORMATIVA EN MATERIA CIVIL Y SUS CONSECUENCIAS EN EL REGISTRO DE NACIMIENTO DE LOS MENORES NACIDOS POR SUSTITUCIÓN GESTACIONAL

Adaptación\*

**Nelly Cristina Hernández Ruiz**  
Bachiller por la Universidad Científica del Sur

## RESUMEN

Esta investigación muestra que la norma en materia civil, específicamente uno de los artículos del Código Civil peruano, ha presentado algunas deficiencias en parte de su contenido; por lo que, se analiza la deficiencia de la legislación sobre la materia, en particular, la vulneración de los derechos fundamentales de aquellos menores nacidos por "gestación subrogada".

Asimismo, se propone una modificación del artículo 21 del Código Civil, que presenta la deficiencia en mención. Dicha reforma consta en otorgar al padre la facultad de inscripción legal del menor con los apellidos del progenitor varón; debido a que, la norma optó por otorgar dicha facultad únicamente a la madre.

Además, esta modificatoria permitirá la inscripción de los menores procreados mediante la gestación subrogada y otros casos, como el abandono materno, tiene como finalidad evitar toda afectación a los derechos constitucionales de los menores, como: el derecho a la identidad, a la nacionalidad, a un nombre, a la igualdad ante la ley y otros derechos civiles como los sucesorios. Añadido a

ello, se busca que la norma guarde mayor similitud o se adecue mejor con la realidad social, regulando el supuesto de hecho más general hasta el más específico posible.

Con esta investigación se busca evitar la vulneración de derechos fundamentales y se procura el cumplimiento de los principios como el de jerarquía normativa, con la finalidad de que las normas civiles no sean contrarias a lo estipulado por la Constitución Política del Perú, y salvaguardar el principio del interés superior del menor como deber primordial del Estado.

## I. INTRODUCCIÓN

### I.1 Planteamiento del problema

En el Perú, la norma no logra cubrir todos los supuestos de hecho presentados en la sociedad con relación a la maternidad subrogada. Algunos, pese a ser poco comunes, son necesarios para que las personas puedan conocer y ejercer plenamente sus derechos. El Código Civil peruano, específicamente en el artículo 21, sobre la inscripción legal del nacimiento, detalla la forma de inscripción de un recién nacido, incluso

el supuesto en el que una madre soltera, que no revele la identidad del padre, pueda inscribir a su menor con sus apellidos (Código Civil, 1984, p.15). Sin embargo, dicho artículo no prescribe el supuesto en el que un padre soltero, que no revele la identidad de la madre, tenga la posibilidad de inscribir legalmente a su hijo(a) con sus apellidos. Tampoco se incluye la posibilidad que un menor nazca solo con una figura paterna. Es de esta manera que la insuficiencia legal, les impide ejercer plenamente su derecho a la identidad, a la nacionalidad y eventualmente algún derecho conexo.

Es poco común un caso de “maternidad ausente”, puesto que, se ha normalizado que el ausente generalmente sea el padre. Sin embargo, algunos países como Argentina, Francia, España y Canadá permiten la libertad de inscripción de un recién nacido con apellidos paternos, a padres de familia solteros, independientemente si es varón o mujer. En Perú, estadísticamente, para el año 2017 se presentó 84,3% de hogares con madres sin pareja y un 15,7% de hogares de padres sin pareja (INEI, 2019. p. 9). Dichos porcentajes permiten acercar nuestra noción a la realidad y demuestra la existencia de padres que manejan sus hogares solos, si bien este término engloba a: “divorciados, viudos, separados y abandonados”. Ello permite ubicarnos en una realidad social, donde se presentan posibles casos en el que un padre sea abandonado con su hijo recién nacido y éste se encuentre impedido de registrarlo con sus apellidos; pues la norma le exige consignar el apellido de la madre, pese a que, ésta es ausente; por lo que, al verse impedido de ejercer su derecho no tienen más opción que consignar el apellido paterno de la madre.

Sin embargo, este problema no solo podría presentarse para los casos de padres abandonados, pues también sucede en aquellos casos en el que un padre haya acudido a alguna Técnica de Reproducción Asistida (en adelante TERA) para engendrar un hijo, tomando como ejemplo el caso del productor Ricardo Morán quien recurrió a una TERA para ejercer la paternidad solitaria. El vacío legal, en este caso en particular, se agrava debido a que el nacimiento de sus dos hijos fue producto de una gestación subrogada, la cual en nuestro país no tiene un marco legal desarrollado, pues la madre cedió todos los derechos de filiación que tenía sobre el menor al padre contratante, tratándose entonces de una madre “inexistente”.

## I.2 Justificación del tema

La inscripción del nacimiento es el punto de partida para la existencia legal de una persona y es el primer requisito que todos deben cumplir para poder gozar de los derechos como ciudadano peruano, siendo la Partida de Nacimiento el documento que acredita la existencia legal del menor.

Su importancia radica en el otorgamiento de derechos como el de identidad y el de nacionalidad, también será el inicio de los vínculos de parentesco materno y paterno filiales, los cuales, a su vez, producirán los derechos sucesorios del menor. Una vez identificada la importancia de esta figura podemos inferir que su regulación debería ser lo suficientemente eficaz y amplia para no dejar pasar ningún supuesto, pues, de lo contrario, ello generaría la vulneración de derechos fundamentales del menor recién nacido.

Sin embargo, esta investigación ha identificado que la legislación civil en materia filiatoria es ineficiente respecto

a su adecuación con la realidad, lo que conlleva a que un grupo humano se enfrente ante vacíos legales y que sean impedidos de gozar plenamente de sus derechos.

Es por ello que se pretende desarrollar criterios jurídicos que sean considerados en la norma civil, con la finalidad de que estos permitan crear una norma en base a fundamentos, partiéndose por la determinación de la filiación en los casos de gestación subrogada, ya que, tiene una tratativa diferente a la determinación de la filiación por reproducción tradicional.

Otro criterio importante por considerar es la aplicación correcta de los principios constitucionales de jerarquía normativa y el principio del interés superior del menor. El primero porque resalta la preponderancia de la norma constitucional sobre las otras normas y el segundo principio como deber estatal de protección al menor.

Finalmente, se ha identificado los derechos vulnerados a los menores nacidos por sustitución gestacional y se ha analizado la aplicación de nuestra propuesta a nivel internacional, donde los países permiten al padre otorgar sus apellidos cuando éste decide ejercer paternidad solitaria.

## II. MARCO TEÓRICO

### II.1 La filiación en los casos de gestación por sustitución con paternidad solitaria. (A propósito del Caso de Ricardo Morán)

La gestación por sustitución, gestación subrogada o también conocido "vientre de alquiler" presentó su primer caso en la década del 70, cuando inicialmente no existía una definición exacta de lo que trataba o en qué consistía dicha práctica médica. (Lamm, 2013, p. 20).

Con el tiempo, fueron surgiendo definiciones más acertadas y que se iban adecuando poco a poco al desarrollo de esta técnica como la definición de Brazier (1998, como se citó en Lamm, 2013), quien definía a la gestación por sustitución como: "La práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer". Por su parte Gómez Sánchez (1994, citado en Lamm, 2013, p.136.) sostiene que:

"Se le llama maternidad subrogada al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un compromiso contractual mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra persona/s que figurará/n como padre/s de éste".

Si bien las dos definiciones presentadas tienen una acertada noción de lo que constituye la gestación por sustitución, no obstante, ninguna de estas definiciones prevén la posibilidad de que los comitentes sean una pareja de dos hombres o que el comitente sea únicamente un hombre. Para ello, es pertinente tomar la definición de Pérez Monge, quien afirma que la gestación por sustitución es:

El contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar al nacido a los comitentes, que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino) (Pérez, 2002, p. 329.).

Finalmente, la doctora Eleonora Lamm nos brindará una definición propia entendiendo que la gestación por sustitución como aquella:

Forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona —denominada gestante— acuerda con otra persona, o con una pareja —denominadas comitentes— gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (Lamm, 2013, p. 24).

Para efectos de esta investigación tomaremos esta última definición ya más reciente y la que mejor conceptualiza a la gestación subrogada. Existen varios supuestos en la gestación por sustitución ya que dependerá de la situación en la que se encuentre el comitente o la pareja de comitentes.

La técnica de la gestación por sustitución posee modalidades o tipos según la intervención de los sujetos o sus alcances respecto a la procreación del menor. De esta manera, Eleonora Lamm desarrolla dos tipologías: La Gestación por sustitución tradicional y la Gestación por sustitución gestacional.

#### **II.1.1 La Gestación por sustitución gestacional:**

Lamm (2013) señala, que en este tipo de Gestación por Sustitución se caracteriza porque la mujer (no comitente) aportará únicamente la gestación, mas no el material genético, es decir: sus óvulos. Ya que estos serán aportados por la comitente o por una tercera donante. En cuanto a las variantes, puede que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir:

a) A una donante de óvulos con semen de comitente. En su mayoría este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas

homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante);

b) A una donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente;

c) A una donación de semen y óvulo. En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro. En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes). (Lamm, 2013, p. 28).

La gestación por sustitución gestacional suele ser mayormente utilizada por personas heterosexuales con problemas de fertilidad, homosexuales o parejas homosexuales con ánimo de querer formar una familia. Sin embargo, este último supuesto generaría una contradicción legal, ya que implicaría la aceptación del matrimonio homosexual en nuestro país y la necesidad de un nuevo concepto de “familia” en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, el tema central de esta investigación se encuentra enfocado en el ejercicio de la “Paternidad de hombre solo” o “Paternidad solitaria” quienes también optan por recurrir a esta modalidad de técnica de reproducción.

Ejercer la paternidad solitaria ya no es un tema nuevo en la sociedad. De hecho, en el Perú cerca de 61 589 padres solos son jefes de hogar con hijos/as menores de edad. De ellos, el 85,5% tienen entre 30 y 59 años de edad y el 8,9% son adultos mayores

(60 y más años) (INEI, 2019, p. 17). El contenido estadístico presentado tiene como finalidad detallar la calidad de vida de los menores en familias con madres o padres sin pareja en más de un sector como: educación, servicios básicos, salud, distribución geográfica, etc. Y con esto demostrar que los menores criados con padres solos viven en las mismas condiciones que los menores criados con ambas figuras paternas. Ya que no está científicamente probado que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños.

De esta manera, la realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello impida brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas (CIDH, 2012, p. 14). Ello representa una muestra clara que la estabilidad emocional y el bienestar de un menor no dependerá de la presencia de un padre y una madre al mismo tiempo, ello es algo subjetivo y que no se ha llegado a probar.

#### **II.1.2 La filiación en los casos de niños nacidos por Gestación por sustitución gestacional:**

En este sentido, es pertinente determinar la filiación en los casos de los niños nacidos por Gestación Subrogada. En específico, la modalidad a la que recurren los padres solos: La gestación por sustitución gestacional, bajo el supuesto en el que un hombre se someta a esta técnica asistida con su material genético, más el de una donante y una tercera mujer que se encargará de la gestación.

Inicialmente la determinación de la filiación tradicional es conducida por el vínculo biológico o genético existente entre el progenitor y el menor. Empero, tras la aparición de las TERA se resalta

la importancia del elemento volitivo por encima del biológico o genético.

Desmitificándose la importancia del elemento biológico, pues también se deben tener en cuenta los nuevos supuestos que se presentan como consecuencia del uso de las TERA, y en virtud de los cuales ya no se puede basar únicamente en la determinación biológica para la identificación de los vínculos familiares. “En virtud de ello, se ha comenzado a discutir sobre la «parentalidad voluntaria»: hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas”. (Lamm, 2013, pp. 49-50).

Por lo que resulta importante tomar en cuenta otros elementos además del genético.

Cuando se recurre a las TERA, esta provoca la disociación del elemento genético y del elemento volitivo en el nacimiento del ser humano (Lamm, 2013, p.51). En esta línea se entenderá que la filiación por TERA deja de lado lo biológico para crear un tipo de filiación por socioafectividad, sustentada en la voluntad procreacional, lo que implica una nueva fuente de la filiación (Varsi, 2016, p. 4).

Será entonces la filiación “socioafectiva”, mediante el elemento volitivo que ocupará un espacio de mayor envergadura que el componente genético en el caso de las técnicas de reproducción.

Bajo la misma tesis, Rivero Hernández (1988, citado por Eleonora Lamm 2013, p.146) sostiene que el elemento más importante en la determinación de la filiación del niño nacido por Gestación Subrogada es la voluntad o el querer de que ese ser nazca.

Es así que la autora Lamm comenta que la teoría o principio de la voluntad

procreacional fue desarrollada por el estado de California en el caso de Johnson v. Calvert de 1993. Donde por primera vez en una corte se presentó la duda sobre la identificación de la maternidad, donde se tenía que determinar si la madre legal es aquella que da a luz al niño o la que provee del material genético. Interrogante que más adelante fue desarrollada por la doctrina, incluyendo a la voluntad como aquel elemento determinante en la filiación por TERA.

Por su parte, la voluntad procreacional, para Sambrizzi, será el elemento fundante para la determinación de la filiación cuando ésta se ha producido por TERAS (Sambrizzi, 2016, p. 68). Para los autores Medina y Roveda (2016), será entendida como la filiación que surge de la intención de ser padres muy independientemente del nexo biológico y, es una de las consecuencias de reproducirse sin acto sexual. Concluyéndose con la teoría que para determinar la filiación de un menor nacido por Gestación Subrogada será importante recurrir a la teoría de la voluntad puesto que no es lo mismo querer ser padre y ayudar a otro a ser padre.

Bajo ese análisis no cabe aplicar la voluntad procreacional a quien dona el gen o realiza la gestación, por lo que no podría imponérsele la filiación.

Desde esa perspectiva es pertinente afirmar que el material genético del tercero donante no forma parte de la relación intersubjetiva, ya que, carece de interés en la formación de una nueva vida mediante el aporte de sus genes (Krasnow, 2013, p. 217). Aquí surge el efecto: querer ser padre o querer ayudar a ser padre. Kemelmajer et.al (2013) explica que cuando se da la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior esta carece de voluntad para procrear.

En el derecho comparado se ha buscado distinguir la filiación de los niños nacidos por TERAS mediante la prevalencia de la voluntad, haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Es la voluntad la que prima y, además, la robustece. (Varsi, 2017, p.119).

### **II.1.3 La Voluntad Procreacional en la gestación por sustitución gestacional**

Como se explicó en el párrafo anterior, en las TRHA se presenta la disociación del elemento genético y tomará mayor relevancia el elemento volitivo. Ya que, el primero en mención no será el que determine la filiación en el caso de TRHA, como sí sucede en los casos de reproducción sexual tradicional. Ese elemento volitivo determinante de la filiación por TRHA se verá materializado en la figura de la voluntad procreacional. La cual es una decisión o la voluntad de querer llevar adelante un proyecto parental, conjuntamente con otra persona, o bien, en el marco de una familia monoparental. (Kemelmajer de Carlucci, 2014)

Centrándonos en la gestación por sustitución gestacional, donde intervienen tres personas: La primera, es la donante quien donará el óvulo y su identidad es desconocida, la segunda, será la gestante quién llevará en su vientre al embrión y la tercera que es el hombre que dona el espermatozoide y a su vez es comitente. En este supuesto, se presentará una incertidumbre en relación a la maternidad a pesar de que, tradicionalmente, no puede existir duda respecto a la maternidad, tal como afirma la presunción "*mater semper certa est*" del Derecho Romano, axioma que señala que la maternidad era siempre indudable y que su prueba era sencilla, ya que es demostrada con un hecho simple y común: el solo ver

en estado gestante, a una mujer, el hijo que luego viéramos llevará en sus brazos, entendíamos que era de ella.

Dicha incertidumbre radicaré en determinar ¿quién es la madre del menor? Será acaso la donante del óvulo, será entonces quien gesta el embrión o quizá, quien desea reconocer como su hijo a dicho menor. El Código Civil Peruano señala que la maternidad se prueba por el hecho del parto (artículo 409) y según la Ley General de Salud la calidad de madre genética debe coincidir con la de la madre biológica (artículo 7). Bajo los criterios señalados por la norma nacional, será correcto atribuirle la maternidad a aquella persona que gesta el embrión; sin embargo, debemos considerar que la gestante no lleva en su vientre a un niño genéticamente suyo, además, si ella hubiera querido ser madre lo hubiera hecho sin recurrir a alguna técnica de reproducción médica. En ese sentido, la gestante, que si bien forma parte de esta trilogía (donante, gestante y comitente) ella es tan solo un medio para lograr la formación y el desarrollo del neonato, puesto que, aporta la capacidad gestacional de su útero, es decir, en su vientre el menor va a alimentarse y con el pasar de los meses se logrará la formación de sus órganos, sistemas y cuerpo en general.

Por lo que, considero que la gestante carece de un elemento imperante en la determinación de la filiación por Técnicas de Reproducción Asistidas.

Bajo ese análisis, no es posible atribuir el título de madre a quien únicamente quiso ayudar a otros a ejercer la paternidad. De manera similar se presenta en el caso de la donante del óvulo fecundado in vitro, pues inicialmente su identidad es desconocida, ya que la mujer que dona el óvulo lo hace anónimamente a

efectos de que esta no mantenga un vínculo con la vida que se creará con su gen y al igual que la gestante posee la única voluntad de permitir a otros ser padres, mas no mantiene la voluntad de asumir la maternidad.

Entonces, ¿Qué debe tener mayor importancia? ¿Que un niño tenga vínculo filial con quien simplemente comparte su ADN pero no posee ninguna intención de ser padre/madre, o con quien lo desea y ha buscado a pesar de no poder aportar el material genético? Indudablemente, como se verá, la paternidad querida y deseada debe prevalecer por encima de la puramente genética; sin embargo, en países donde no se ha regulado la Gestación subrogada es más común inclinarse por la determinación genética que por la volitiva.

Este análisis nos permite afirmar que no cabe la posibilidad de aplicar la voluntad procreacional a quien dona el gen o gesta, por lo que no podría imponérsele la filiación. Desde esa perspectiva, es pertinente afirmar que “[...] el material genético del tercero dador no forma parte de la relación intersubjetiva, ya que carece de interés en la formación de una nueva vida mediante el aporte de sus genes”. (Krasnow, 2013, p. 217).

Aquí surge la interrogante entre: querer ser padre o querer ayudar a ser padre. Kemelmajer (2014) explica que cuando se da la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior esta carece de voluntad para procrear.

En el derecho comparado se ha buscado distinguir la filiación de los niños nacidos por TERA mediante la prevalencia de la voluntad, haciéndola inatacable a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal; donde “[...] es la voluntad la que prima

y, además, la robustece”. (Varsi, 2017, p. 119); ello en favor del vínculo filiatorio del progenitor, ya que, además de ser genéticamente el padre, posee el elemento de la voluntad procreacional.

Es entonces evidente que las TERA han generado nuevos supuestos que en la actualidad no han sido planteados ni mucho menos desarrollados por la norma. Las Técnicas de Reproducción Médicas Asistidas nos colocan en un escenario distinto al producido en la filiación natural o adoptiva, aunque existen importantes similitudes o características compartidas entre los tres tipos de filiación.

Primero, cabe destacar que el régimen en materia de filiación tradicional se desarrolla ante la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, puesto que, el acto sexual está ausente en las TRHA.

Segundo, las TRHA permiten criopreservar embriones y/o material genético de las parejas o de las personas por tiempos prolongados, lo que nos lleva a una realidad: la posibilidad de que los deseos de paternidad o maternidad y las situaciones de las parejas cambien entre el inicio de un tratamiento y el fin, así como que la fecundación del óvulo no se efectúe de manera natural, sino invitro.

Por último, las TERA hacen posible la disociación entre el elemento biológico, el genético y el volitivo, cobrando este último primacía [...]. Estas interrogantes reflejan las particularidades y especificaciones que implica el uso de las técnicas de reproducción asistida, no pudiendo ser aprehendidas por las reglas de la filiación natural, ni por las reglas de la filiación adoptiva,

volviéndose imperante la regulación diferencial y autónoma (De La Torre, N., 2013.).

Por lo que se puede concluir que, efectivamente, este tipo de técnicas poseen elementos sumamente diferenciadores que requieren necesariamente el tratamiento de una regulación idónea y especializada.

## II.2 La inscripción del nacimiento

### II.2.1 La inscripción del Nacimiento en el Perú:

La inscripción del nacimiento de un menor es un acto administrativo en materia registral que se realiza ante el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Según el Reglamento de Inscripciones del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, “Decreto Supremo N° 015-98-PCM”, para llevarse a cabo el procedimiento de la inscripción del nacimiento de un menor se requiere:

Artículo 25.- Es deber y derecho del padre y la madre inscribir de manera individual o conjunta a sus hijos recién nacidos, dentro de los plazos establecidos en los Artículos 23 y 24 de este Reglamento, para lo cual acompañarán cualquiera de los siguientes documentos:

- a) Certificado de nacimiento expedido por profesional competente o constancia otorgada por persona autorizada por el Ministerio de Salud, de haber atendido o constatado el parto.
- b) Declaración Jurada de la autoridad política, judicial o religiosa confirmando el nacimiento, dentro del plazo de 30 días de ocurrido el mismo, siempre que, en la localidad donde se produjo el nacimiento no exista profesional u otra persona competente que pueda atender o

constatar el parto. (DS N°015-98-PCM, 1998)

Adicionalmente, la Ley N° 28720 "Ley que Modifica los Artículos 20 y 21 del Código Civil", dispone la inscripción de los niños y niñas nacidos de una relación sin la existencia de vínculo matrimonial con el apellido del presunto padre aun cuando se encuentre ausente, sin que esto genere filiación. Luego de la inscripción, el registrador tiene el plazo de 30 días para poner en conocimiento al presunto progenitor del hecho.

El varón que se considere afectado porque su nombre ha sido considerado en la inscripción de un niño o niña que él no ha reconocido, podrá iniciar un juicio por usurpación de nombre. Así también, la mujer que señala el nombre de un varón como padre de su hijo o hija cuando no lo es, será sancionada civil o penalmente conforme a lo establecido por la Ley. Finalmente, se incluye el supuesto que en caso la madre no revele la identidad del padre del niño podrá inscribirlo con ambos apellidos de ella, facultad conferida únicamente a la madre.

El hombre que ejerce paternidad sola al recurrir a una TERA se enfrenta a un vacío legal, ya que, la norma no se ha ceñido para los niños nacidos por TERAS. Posadas Gutiérrez (2017) realiza un análisis del marco legal registral en el Perú y explica que la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, establece que los actos concernientes al estado civil de las personas involucradas en el nacimiento, los padres del menor y el menor, se consignarán en el registro civil; y se extenderán en mérito al Certificado de Nacido Vivo, si se trata de una inscripción ordinaria.

Respecto al registro del nacimiento en sí, este se realiza en mérito a la normativa general regulada en el

Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, y a la especial establecida por RENIEC. De lo descrito anteriormente, tenemos que la normativa legal vigente no ha considerado normas para los nacidos por medio de las TERAS, motivo por el cual a estos nacidos se les asigna su identidad de acuerdo con el marco legal ya establecido (Posadas, 2017, p. 117).

En ese sentido, la legislación peruana debe adecuar el ordenamiento civil a las nuevas situaciones que se presenten con el uso de TERAS, procurando la solución de conflictos que se generen con el empleo de las técnicas como, por ejemplo, la filiación de niños nacidos con el empleo de gametos de cedentes anónimos, como es el caso que nos ocupa, (RENIEC, Mosquera, 2010, p. 877) sobre la gestación por sustitución gestacional.

De lo expuesto por las autoras Posadas, Mosqueda y Lamm, se pone en evidencia dos aspectos resultantes a consecuencia de que la norma civil vigente no ha considerado normas registrales para los nacidos por medio de las TERAS.

Primero, el procedimiento de inscripción del nacimiento se realizará en función a las normas generales del Código Civil y son precisamente estas las que desarrollan la inscripción del nacimiento en función a la procreación humana tradicional, sin considerar supuestos a los que la ciencia nos ha permitido recurrir, como son las Técnicas de Reproducción Asistida.

Segundo, a consecuencia de la no consideración de las Técnicas de Reproducción Asistida en la inscripción del nacimiento no es posible determinar cuántas personas se someten a estas técnicas o cuántos niños han sido procreados bajo TERAS. Siendo ambos aspectos

vulneratorios de derechos del menor y, a su vez, para el padre.

### II.2.2 La inscripción del nacimiento internacionalmente

El tratamiento de la inscripción del nacimiento a nivel internacional ha presentado diversas situaciones jurídicas continuamente en la sociedad y esta se ve directamente vinculada con la filiación debido a que, los únicos sujetos capaces de realizar la inscripción del nacimiento de un menor son aquellos que tengan vínculo filiatorio con el mismo.

Es por esa razón que algunos ordenamientos jurídicos como Argentina, Canadá, España y Francia, donde las dos primeras han implementado en la norma supuestos vinculados a las Técnicas de Reproducción humana asistida y las dos últimas presentan regulación opuesta a las técnicas. Un ejemplo de avances en la materia sería el ordenamiento jurídico de Argentina, ya que ha dado lugar a la filiación múltiple y la capacidad de inscripción del menor con apellidos de cualquiera de los progenitores, amparado en lo previsto expresamente el artículo 18 de la Convención Americana que dispone que “[t]oda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. Por su parte, España, aún presenta signos conservadores respecto a esta nueva figura, a pesar de haberla incluido en su ordenamiento jurídico ha optado por establecer límites. Y en un lado más extremo a Francia que sanciona penalmente estas prácticas.

Es por dicha razón que se realizará un análisis de la tratativa de países en mención en relación con la regulación de las TRHA en materia filiatoria.

#### A. Francia:

En Francia, el Comité Consultatif National d’Ethique de Francia, en su Opinión n° 3 del 23 de octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto esta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión n° 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación, y en su opinión n° 110, de mayo de 2010, sobre Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA). En un análisis realizado por Lamm (2012) señala que esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

Por su parte, desde 1991, la Corte de Casación francesa sostuvo el principio según el cual “La convención por la que una mujer se compromete, incluso gratuitamente, a concebir y tener un hijo para abandonarlo al nacer viola tanto el principio del orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano como la indisponibilidad del estado de las personas.” [Traducido].

La ley de bioética de 1994 de Francia consagró formalmente la prohibición de la práctica en el seno del código civil.

El artículo 16-1 de dicha ley mantiene el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, de sus elementos y de sus productos, y el artículo 16-5 declara nulas las convenciones que tienen por efecto conferirle un valor patrimonial, el artículo 16-7 contiene el principio según el cual “toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”. Además, el derecho francés prevé sanciones penales. La revisión de las leyes de bioética en 2004 mantiene esta posición, sustentada por la jurisprudencia intransigente de la

Corte de casación, incluso cuando el contrato fue concluido en el extranjero.

### **B. España:**

El ordenamiento jurídico español es uno de los tantos que aún conserva muchos principios e instituciones del Derecho Romano, aun así, no fue ajeno a los avances continuos de la ciencia ni de la modernidad y ha optado por establecer regulación a las famosas TRHAS mediante la Ley N°14/2006. Esta norma regula la aplicación de las técnicas en tratamientos, y prevención de enfermedades con origen genético y establece los requisitos para el uso de gametos y preembriones crioconservados.

La norma permite que se recurra a técnicas siempre que se trate de una necesidad inminente y prohíbe la realización de estas técnicas cuando se presente una disociación materna, es decir no admite que la madre genética y la gestante sean personas diferentes. Esta prohibición la ubicamos en el artículo 10 de la Ley 14/2006:

Artículo 10.-

1. "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. "la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales". (Ley 14/2006, 2006.p.3)

La contratación de una madre gestante o sustitutiva, por tanto, está sancionada desde un punto de vista jurídico-civil, aunque no tenga efectos penales. Y, sin embargo, esa prohibición abre la posibilidad de que la comitente y la

gestante incurran en conductas delictivas. Si, a pesar de la prohibición civil, se llevase a cabo una maternidad de sustitución en territorio español, para que se atribuyese la maternidad a la comitente ambas mujeres tendrían que ocultar la verdadera identidad de la gestante: por ejemplo, alumbrando ésta bajo la identidad de aquella. La gestante, con ello cometería el delito de entrega de hijo a terceros para alterar o modificar la filiación; y la comitente, el delito de suposición de parto tipificado en el artículo 220 del Código Penal Español.

### **C. Argentina:**

En diciembre del 2015 el antiguo Código Civil Argentino culminó su vigencia, entrando a regir el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino a partir del 01 de enero del 2016. Esta fecha es importante porque marcan un hito en el ordenamiento jurídico argentino en materia civil ya que se incluyen aportes en diversas instituciones jurídicas como: En el matrimonio, permitiéndose la unión civil; se incluye, la Unión Convivencial; La filiación, nuevas formas de determinar el vínculo filiatorio; nuevos requisitos para la adopción; Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, entre otros.

La inclusión de las TRHA resulta un importante aporte en la normativa argentina puesto que permite regular los supuestos que genera dicha situación jurídica ya que se trata de traer vida al mundo mediante asistencia médica en el proceso de fecundación, por lo que resulta sumamente necesaria la intervención del derecho.

Además, las TRHA se encuentran directamente vinculadas a otras instituciones jurídicas del derecho civil como la filiación, de la cual se

determinará quiénes son los progenitores y por ende serán éstos quienes otorguen sus apellidos al menor nacido mediante la inscripción del nacimiento, con esto el menor hará ejercicio de su derecho a la identidad, a un nombre, a una nacionalidad y tendrá derechos sucesorios respecto al patrimonio de su/sus progenitores.

El Código Civil y Comercial Argentino no establece expresamente un artículo sobre la inscripción del nacimiento, no obstante, cuenta con un articulado que detalla el orden de los apellidos de un menor, los apellidos deben llevar un menor nacido en un matrimonio y los apellidos que debe llevar un hijo extramatrimonial con un solo vínculo filiatorio.

Artículo 64. Apellido de los hijos  
El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro. Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

**El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor.** Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño. (Código Civil y Comercial de Argentina, 2016., p.59)

La primera línea del segundo párrafo subrayado de la cita, resultará aplicable a los menores nacidos por TRHA, específicamente en los casos de los

menores nacidos por sustitución gestacional debido a que el o la comitente es el único que posee dicho vínculo filiatorio con el menor y a diferencia de las otras intervinientes. Lo prescrito en el artículo 64 del Código Civil y Comercial argentino cubre el vacío legal que se encontraba presente en el anterior Código Argentino, con ello la norma regula nuevos supuestos que se han ido generando con el pasar del tiempo y el avance de la ciencia.

#### D. Canadá:

Canadá es uno de los países que mantiene una posición menos restrictiva que Francia y España, incluso podría decirse que su regulación en materia de TERHA guarda similitud con Argentina pese a ser diferentes familias jurídicas.

Canadá regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida mediante la ley Assisted Human Reproduction Act SC 2004. Centrándonos en la provincia de Ontario, que presenta una regulación bastante específica en materia de inscripción de los menores nacidos por sustitución gestacional, mediante la "All Families are Equal Act" (Ley de todas las familias en igualdad) la cual es una ley para enmendar la *Ley de Reforma de la Ley del Niño, la Ley de Estadísticas Vitales y varias otras leyes sobre la paternidad y los registros relacionados*, con la que se regula la interpretación, aplicación, reglas de paternidad, limitaciones, entre otros, que nos permiten conocer las exigencias de la norma canadiense.

La ley federal Assisted Human Reproduction Act SC 2004, aplicable en todas las provincias de Canadá, establece una única prohibición en cuanto a la Sustitución gestacional, esta es: Los contratos onerosos. Es decir, la norma canadiense impide que

la madre sustituta reciba alguna remuneración por llevar el embrión en su vientre por nueve meses. En una traducción propia de la norma literal, esta establece lo siguiente:

- Pago por acto prohibido
  - (3) Ninguna persona pagará u ofrecerá pagar consideración a otra persona por hacer algo prohibido por esta sección.
- Pago por gestación subrogada
  - (1) Ninguna persona considerará a una mujer como madre sustituta, ofrecerá pagar dicha contraprestación o anunciará que se le pagará.
- Actuando como intermediario
  - (2) Ninguna persona aceptará contraprestación por los servicios de una madre sustituta, ofrecerá tal arreglo a título oneroso o publicitará el arreglo de tales servicios.
- Pago a intermediarios
  - (3) Ninguna persona pagará contraprestación a otra persona para contratar los servicios de una madre sustituta, ofrecer pagar tal contraprestación o anunciar el pago de la misma. ( Assisted Human Reproduction Act SC., 2004).

Los apartados de la norma están ubicados dentro de las actividades prohibidas de realización incluyendo a intermediarios o terceros a efectos de que no se pueda realizar contratos onerosos con la madre sustituta. Sin embargo, la norma admite que el o los comitentes cubran gastos que el embarazo le genere a la madre sustituta y recientemente, en el año 2019 el Ministerio de Salud canadiense emitió un reglamento en el que permite a la madre sustituta recibir “pagos aceptables” con motivo de cubrir gastos como: seguros, vestimenta, alimentación, el dinero que dejará de

percibir en su estado de gestación, entre otros que sean plenamente justificados.

Por su parte, la norma “All Families are Equal Act”, en adelante Ley de todas las familias en igualdad de la provincia de Ontario tiene contenido bastante acertado y semejante a los puntos que hemos desarrollado en la investigación; uno de los puntos resaltantes es que la persona que proporciona el material genético no será considerado como padre.

#### **Suministro de material reproductivo, embrión no determinante**

1. Una persona que proporciona material reproductivo o un embrión para su uso en la concepción de un niño a través de reproducción asistida no es, y no será reconocido por ley como padre del niño, a menos que sea padre del niño bajo esta ley. (Ley “All Families are Equal Act., 2017)

Es decir, la madre sustituta no será reconocida por ley como madre del menor debido a la ausencia de voluntad procreacional y la única excepción radica cuando el donante es al mismo comitente, por ende, la ley le permitirá ser inscrito como padre. Con esto, el hijo deja de ser hijo de la madre sustituta con previo consentimiento escrito renunciando a la maternidad del menor. Además, la norma señala que el interés superior del niño será una consideración primordial por parte del tribunal ante la presencia de casos de subrogación.

El análisis realizado a los 4 países nos coloca en dos extremos: Por un lado, Francia con sus limitaciones estrictas sobre la gestación subrogada, e incluso su penalización. En segundo plano a España con un intento significativo de modernización y adaptación de las normas con los avances científicos, sin embargo, aún muestra algunos sesgos

del derecho romano, al no aceptar la disociación materna. El tercer lugar tenemos a Argentina, con normas más liberales sumamente abiertas al comportamiento de su población, admite la gestación subrogada y sus diversos tipos y ello ha influenciado en la determinación de la filiación, admitiendo la inscripción legal de un menor por cualquiera de los comitentes e incluso la triple filiación. Finalmente, Canadá en la Provincia de Ontario ha regulado de manera ordenada y válida la Gestación subrogada, su modo de aplicación e incluso ha modificado normas a efectos de que esta práctica no genere perjuicios en los derechos fundamentales de los menores ni de los comitentes.

### **II.3 La adecuación de la norma civil con la diversidad familiar**

La familia es una institución jurídica que se remonta de hace muchos años atrás, teniendo sus primeras acepciones en el Derecho Romano donde el concepto jurídico de "familia" para los doctrinarios se restringía en aquella institución jurídica conformada por un hombre y una mujer, quienes en matrimonio han concebido hijos. Por su parte el doctrinario Planiot (1932) sostenía:

«[...] en sentido amplio, la familia es el conjunto de personas que se hallan unidas por el matrimonio o por la filiación o, por la adopción. El propio vocablo, en sentido estricto, designa a los miembros de la familia que viven bajo el mismo techo, bajo la dirección y con los recursos del jefe de la casa. Esta es la acepción primitiva y que se encuentra aún en la expresión: "vida de familia", "hogar de familia", pero que carece ya de importancia jurídica. Por otra parte, hoy se entiende generalmente por familia al grupo reducido que forman el padre, la madre y los hijos; con exclusión de los demás

parientes o por lo menos de los colaterales»

Sin embargo, con el pasar del tiempo dicha noción ha variado debido a la constante evolución de la sociedad y en la actualidad existe una clasificación o tipos de familia que segmentan la constitución de las familias en función a sus integrantes.

En esta clasificación, encontramos a las familias tradicionales o nucleares, familia monoparental, familia extensa, familia ensamblada, entre otras. Normalmente, cuando hablamos de familias monoparentales entendemos que está compuesta por uno de los progenitores, ya sea el padre o la madre y adicionalmente los hijos, ergo es menos común hablar de una familia monoparental que sea encabezada por un hombre.

Debido a que, en la mayoría de los casos, ante una separación, quien asume la tutela de los hijos es la madre. La constitución de tipo de familias monoparentales es comúnmente relacionada al divorcio o la separación de una pareja, quienes posteriormente discutieron sobre la tenencia de sus descendientes. A la fecha, el divorcio ya no es la única causa de las familias monoparentales, puesto que también se presentan casos como el abandono u otros en el que las personas recurren a Técnicas de Reproducción Asistida con la finalidad de ejercer la maternidad o la paternidad solitaria.

Tal como el supuesto que se desarrolla específicamente en esta investigación, cuando un hombre decide tener uno o más hijos y opta por someterse a una Técnica de Reproducción Asistida, quien, sin importar su orientación sexual, desea formar una familia y tener una descendencia propia; en ese sentido, esta decisión desvirtúa la noción

común de la composición de una familia.

Bajo dicho análisis resulta indudable la necesidad de que la norma se acerque cada vez más a la realidad de la sociedad, ya que los seres humanos evolucionan constantemente y con ellos sus conductas, las cuales tienen que ser debidamente reguladas por el derecho. Un claro ejemplo de ello es el surgimiento de las familias monoparentales y las causas de su conformación de la que rescatamos la más actual, las técnicas de reproducción asistida.

Si bien estas técnicas no han sido desarrolladas a detalle por el ordenamiento jurídico peruano, presentan el único vestigio de su "regulación" en el artículo 7 de la Ley General de Salud donde se admite el derecho a procrear mediante técnicas de reproducción asistida bajo la condición de que la madre genética y la gestante recaiga en la misma persona.

Sin embargo, la norma no detalla cuál sería la consecuencia del incumplimiento de tal condición y de darse dicho incumplimiento, la norma no tendría más opción que aceptar el nacimiento de un menor que nació con una madre genética y gestante diferente, ya que ningún instrumento legal o persona tiene la facultad de acabar con la vida de un ser humano.

Ante la falta de una regulación detallada de las técnicas de reproducción asistida, los sujetos de derecho enfrentan diversos vacíos legales y ello generando consecuencias que finalmente afectan los derechos de las personas. Como el caso en análisis donde los menores nacidos por gestación por sustitución gestacional, pues no pueden ser inscritos legalmente por su progenitor con sus apellidos, ya que la norma es bastante general, no ha considerado

que se presente un supuesto como el mencionado y resulta de cierta manera discriminatoria al no otorgar las mismas facultades a padre.

#### **II.4 El Principio del Interés Superior del Niño y su tratamiento a nivel nacional**

La Constitución Política del Perú de 1993, señala que es deber del Estado proteger al niño y este deber estatal es además un derecho, un principio y una norma que otorga protección especial al menor. Ya que coloca su interés superior en un nivel primordial frente aquellas medidas que afecten directa o indirectamente sus derechos. Esta obligación estatal incluye al concebido, según lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2 de la Carta Fundamental y el artículo 1 del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

Otro instrumento legal internacional que desarrolla este principio es la Convención Sobre los Derechos del Niño, específicamente en su artículo 3, menciona lo siguiente:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

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

todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (UNICEF, 2006., pp.10)

La Convención en los tres puntos citados anteriormente expone que el Principio del Interés Superior del niño debe ser tomado como un punto primordial frente a las medidas o decisiones estatales las cuales también deben asegurar su bienestar. Podría afirmarse que este principio es sumamente garantista y pretende colocar en un nivel superior los derechos de los niños frente a los intereses o derechos colectivos. Y toma fuerza o ejerce su función garantista siempre que en un conflicto intervenga un niño o una colisión de derechos colectivos o individuales frente el derecho de un menor.

En este punto, se entiende al principio del interés superior al niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos. Por lo que la norma al no considerar la supremacía del interés superior del menor su inscripción del nacimiento por sustitución gestacional estaría contraviniendo el deber esencial del Estado.

**II.5 Los Derechos vulnerados por el Código Civil al no admitir la inscripción legal de los nacidos por**

**sustitución gestacional y algunas propuestas normativas para evitarlo.**

Los derechos vulnerados por el artículo materia de investigación son principalmente derechos fundamentales, como: el derecho a la identidad, el derecho a la nacionalidad, el derecho al nombre, el derecho a la igualdad ante la ley y otros conexos.

Según la Convención de los Derechos de los Niños, señala que se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad; y por tanto, según sus artículos 7 y 8, el niño deberá ser inscrito inmediatamente después de nacido y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, comprometiéndose los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su Identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley.

#### **II.5.1 Derecho a la identidad: "Principal derecho vulnerado"**

El derecho a la identidad es un derecho fundamental y constitucionalmente protegido en el Perú. A partir de una definición legal, según el Código del Niño y el Adolescente, el derecho a la identidad comprende el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. Se señala, asimismo, que es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes. Por su parte, el maestro Fernández Sessarego (2006) expresó que el derecho a la identidad está concebido como:

El conjunto de atributos y características, tanto estáticos como dinámicos, que individualizan a la persona en sociedad. Se trata de todos aquellos rasgos que hacen posible que cada cual sea uno mismo y no otro. Este plexo de atributos y características que se proyectan hacia el mundo exterior, permite a los demás conocer a la persona, a cierta persona, en lo que ella es en cuanto ser humano único e irrepetible. Por consiguiente, ambas, la estática y la dinámica como unidad totalitaria, perfilan la identidad de la persona. En síntesis, se puede decir que la identidad es el bagaje de características y atributos que definen la “verdad personal” en qué consiste cada persona.

Ante los vacíos legales identificados y desarrollados anteriormente, es el derecho a la identidad de los menores nacidos por TERAS el más vulnerado. Partiéndose del hecho de que no existe un procedimiento para su inscripción, lo cual impide que estos puedan gozar plenamente de su derecho a la identidad en el Perú y los conexos.

La identidad también se relaciona con la información sobre los progenitores, además de los derechos ya mencionados. Por lo que otra de las manifestaciones de la vulneración a este derecho sería el desconocimiento de su origen biológico. Varsi (2017) afirma que las profesoras Kemelmajer, Herrera y Lamm formulan la teoría de que no se debe privar a la persona, nacida mediante técnicas de reproducción humana asistida, del derecho a conocer su origen genético.

La persona debe tener acceso a dicha información mediante un trámite judicial en el cual encuentre protección a los intereses involucrados (los del cedente), todo a la luz del principio de proporcionalidad. Por otro lado, otras posturas señalan que el derecho de conocer la identidad del cedente

constituiría una fuente de litigios, crearía incertidumbre en las parejas que recurrieran a esta práctica y violaría el derecho a la privacidad (Varsi, 2017. p. 115).

#### II.5.2 Derecho a la nacionalidad:

Primero, es importante mencionar que la nacionalidad es aquel vínculo legal que existe entre el Estado y el individuo, aquel vínculo que además es un elemento diferenciador frente a otros Estados. Y, por otro lado, tenemos al derecho a la nacionalidad, el cual es un derecho humano que se encuentra debidamente estipulado por la Constitución Política del Perú y, a su vez, es recogido por otros instrumentos internacionales, tales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos que entiende a este derecho como:

[...]Dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales, al establecer a través de su nacionalidad su vinculación con un Estado determinado; y el de protegerlo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo. (CIDH, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. 1999, p.3.).

Los países ratificantes de los tratados internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos y La Convención sobre los derechos de los niños obligan a garantizar, por sí mismos o en cooperación con otros Estados, que las personas tengan una nacionalidad desde el momento de su nacimiento. Entonces, al ser el Perú uno de los países ratificantes con el vacío legal identificado, podríamos preguntarnos si ¿está cumpliendo con su deber estatal de asegurar que todas

las personas nacidas en su territorio gozan de este derecho?

Rotundamente, la respuesta es: No. Y ello no es más que el resultado de que la norma no contempla otros supuestos en la inscripción del nacimiento y se centra en regular de manera general, excluyendo a otros supuestos de hecho. Porque no resultaría válido, que la norma no admita la inscripción de un niño nacido por sustitución gestacional este niño crezca sin ser un ciudadano peruano legalmente y se vea impedido de gozar de otros derechos que nos otorga la nacionalidad propiamente; por ejemplo: el derecho al voto, acceso a la educación, a la participación política, a la salud, entre otros.

A partir de lo desarrollado, se puede distinguir dos aspectos fundamentales:

Primero, el grado de importancia jurídica que tiene la inscripción del nacimiento, pues este acto administrativo permite gozar de derechos civiles y políticos, por ende, no puede privarse a ningún ciudadano el goce de este derecho.

Segundo, instrumentos internacionales como la CIDH exige de obligatorio cumplimiento el deber de garantizar y respetar el ejercicio pleno de este derecho a sus estados ratificantes, e incluso lo recalca en su jurisprudencia, señalando que los estados están obligados a no adoptar medidas o emitir normas referidas al otorgamiento de la nacionalidad en la que su aplicación incrementa el número de personas apátridas, es decir personas que carecen de nacionalidad. (Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana, Op.cit, párr. 142)

## **II.6 Propuesta normativa e institucional para evitar la vulneración de derechos fundamentales.**

Modificación del artículo 21° del Código Civil peruano:

Una de las principales propuestas de esta investigación parte de la modificatoria del Código Civil peruano, que consiste en añadir al segundo párrafo del artículo 21°, lo siguiente:

Artículo 21°.- Inscripción del nacimiento

[...] Cuando la madre o el padre que decidió ejercer la paternidad/ maternidad solitaria y no revele la identidad del otro progenitor, podrá inscribir a su hijo con sus dos apellidos.

La propuesta de modificatoria se fundamenta, en buena parte, en todos los párrafos que se han desarrollado en el curso de esta investigación. Pues, se ha realizado un análisis de este artículo y se ha concluido que presenta un vacío legal, que atenta contra los derechos fundamentales de los menores nacidos por gestación por sustitución gestacional impidiéndoles ser inscritos por sus progenitores, quienes por diversas situaciones, optaron por ejercer la paternidad solitaria.

En ese sentido, la propuesta de modificatoria incluye al padre que decide ejercer paternidad solitaria, así como la facultad que inicialmente sólo tenía la madre de poder inscribir al menor recién nacido con sus dos apellidos. El fundamento legal de la propuesta de modificación radica en la aplicación eficaz del principio de jerarquía normativa debido a que el contenido del artículo 21 del Código Civil peruano atenta contra los derechos constitucionales otorgados por nuestra Carta Magna y en una ponderación de derechos los derechos constitucionales tienen mayor

prevalencia frente una norma especial; además, se debe tener en cuenta que se atenta contra derechos del menor y el Estado estaría incumpliendo su deber estatal de la protección del menor y la familia, según lo señala el Principio del interés superior del niño.

Ítem en el Certificado de Nacido Vivo que acredite la forma de reproducción del menor: Posadas (2017) afirma que, en la parte desglosable del Informe Estadístico del nacido vivo no existe ningún ítem destinado a la procreación del nacido, sea de forma natural o mediante el uso de TERAS, situación que no permite conocer la cantidad de intervenciones de este tipo que se realizan y la cantidad de niños nacidos como consecuencia de ello.

Por lo que se propone añadir un ítem al certificado de nacido vivo en el que se pueda consignar si el menor nació mediante reproducción natural o mediante una técnica de reproducción asistida. Ya que es bastante importante en cuenta que la información estadística en el caso de estos nacidos pues permitirá conocer cuántas parejas sufren de problemas de infertilidad y acuden al uso de técnicas de reproducción asistida para poder ser padres; cuántos de estos niños nacen de sus padres biológicos pero asistidos de la ciencia médica (TERAS Homólogas); y cuántos nacen con la ayuda de un donante (TERAS Heterólogas), e incluso cuántos lo hacen en el vientre de una madre sustituta.

Esta información serviría para la toma de decisiones en el sector salud y también en el ámbito del sector justicia para emitir la normativa legal que atienda esta problemática que viene siendo resuelta en el Poder Judicial por los jueces en aplicación del control difuso de la norma constitucional para

no vulnerar los derechos de los nacidos de estas técnicas.

### III. CONCLUSIONES

Siendo una manifestación de los avances tecnológicos, las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, acciones en las que necesariamente se verá inmerso el hombre y por ende el derecho debe intervenir para regularlo.

Esta investigación no es otra cosa más que un vestigio originado por la ausencia de regulación en tan importante materia, ya que los sujetos intervinientes, los niños, son sujetos de protección especial.

El ordenamiento jurídico debe procurar una armonía entre su normativa y la realidad, partiendo del hecho que la norma civil, con sus vacíos, no puede contravenir lo prescrito por la norma constitucional, más aún si existen principios que fundamentan la prevalencia de la constitución y otros que colocan al menor en un nivel superior de protección.

El vacío legal identificado, afecta en mayor nivel a los nacidos por sustitución gestacional ya que solo cuentan con un vínculo filiatorio, el del padre que decide ejercer paternidad solitaria, es ahí donde radica su imposibilidad de inscripción; Y, al mismo tiempo, podría afectar a aquellos menores víctimas de abandono materno. Por lo que resulta necesario que la norma civil se adecue a una realidad que se viene presentando en el país y ante la falta de regulación el Estado indirectamente estaría vulnerando más de un derecho.

Se requiere necesariamente de una modificación normativa en el Código Civil, ya que de este se desprenden las normas referentes a la inscripción del nacimiento como la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identidad y

Estado Civil, su reglamento y el proceso a seguir al momento de la inscripción.

## VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Aguilar, G. (2008). "El Principio del Interés Superior al Niño y Corte Interamericana de Derechos Humanos" Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Chile: Santiago. En: Redalyc.org. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>.
1. Brazier, M., Campbell, A., Golombok, S. (1998). Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation (Cm. 4068). Department of Health, Londres., 18.
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014) 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2014. <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>
- CIDH, (2012)., "Fornerón e hija vs Argentina", en [http://www.csjn.gov.ar/data/ci\\_for.pdf](http://www.csjn.gov.ar/data/ci_for.pdf), compulsado el 15/11/2012.
- CIDH. (1999)., Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. En <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/ivcherbronstein.pdf>
- Escobar Delgado, R. A. (2018). La familia como una nueva realidad plural, multiétnica y multicultural en la sociedad y en el ordenamiento jurídico colombiano. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 21(42), 195-218, doi: <https://doi.org/10.18359/prole.3366>
- Fernández Sessarego, Carlos (2006). La Constitución Comentada. Tomo I, primera reimpression, Lima, Editorial Gaceta Jurídica. p. 18.
- Furnish, D. (2013) The American Journal of Comparative Law, vol. XIX, Winter 1971 NQ 1 pp. 91-120. Traducido por: Luis Chirinos Segura. <file:///C:/Users/herna/Downloads/Dialnet-ElOrdenamientoDelSistemaJuridicoPeruano-5084611.pdf>
- "Family Law Act", Canadá. [Consulta: 22 de septiembre, 2016]. Disponible en: Disponible en: [http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025\\_00](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/11025_00) [ Links ]
- Gómez, Y. (1994). El derecho a la reproducción humana. Marcial Pons. Madrid. p. 136.
- Iturburu, Mariana, Salituri Amezcua, María Martina, & Vázquez Acatto, Mariana. (2017). La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 14 de octubre de 2020, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100005&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100005&lng=es&tlng=es).
- Instituto Nacional de Estadística e Informática, (2019). "Características de los Hogares con madres y padres solos con hijos/as menores de 18 años de edad". Perú. Recuperado de: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1660/libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1660/libro.pdf).
- Krasnow, A., Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, Buenos Aires, La Ley.
2. Krasnow, A. N., (2017). "La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en

el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad", *Revista de Derecho Privado*, universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 175-217. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n32.07>

Código Civil Peruano., DL N°295. Sistema Peruano de Información Jurídica. Perú:Lima. En <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>.

Lamm, E. (2013). La Gestación por sustitución. España-Barcelona Recuperado de: <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creative%20Commons%29.pdf>.

Morán, C., (2005) El concepto de filiación en la fecundación artificial, Lima, p. 68. 121

Medina, G. y Roveda, E., (2016), Manual de Derecho de familia, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 514.

Registro Nacional de Identificación y Registro Civil (2010). Los Registros y Las Personas Dimensiones Jurídicas Contemporáneas. Perú.Recuperado de: <https://www.mimp.gob.pe/webs/mimp/sispod/pdf/220.pdf>

Sambrizzi, A., La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida, Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 68.

Varsi, E. (Junio del 2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista Del Instituto De Ciencias Jurídicas De Puebla, México*. México-Puebla. Recuperado de:

[http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/3523/Varsi\\_Rospigliosi\\_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/3523/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Varsi, E. (2013) Tratado de Derecho de Familia Tomo IV: Derecho de Filiación. Perú-Lima. Recuperado de: [http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5257/Varsi\\_derecho\\_filiacion.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/ulima/5257/Varsi_derecho_filiacion.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

Krasnow, A. (22 de mayo 2017). La filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Código Civil y Comercial argentino. Un avance que permite armonizar la norma con la realidad. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. Colombia-Bogotá. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4175/417555389007/html/index.html>.

Pérez, M., (2002), La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficiencia et Peritia Iuris, Madrid, p. 329.

Kemelmajer, A., Lamm, E., Herrera, M., (2013) «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». La Ley, 11/07/2013, p. 3.

Varsi, E.(1995) "Derecho Genético: Principios Generales". Lima: Normas legales. Recuperado de: <http://repositorio.ulima.edu.pe/handle/ulima/5085>

Rivero Hernández, F. (2014). «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida». En: Lledó Yagüe, F. (dir.). La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de

la filiación. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 281.

Posadas, R. (2017), El derecho a la identidad y el Registro Nacional De Cedentes de gametos y embriones. Recuperado de: <file:///C:/Users/PC/Pictures/Downloads/473-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1250-1-10-20180207.pdf>

Varsi, E., (1995). *Derecho Genético: Principios Generales*. Trujillo: Editora Normas Legales, 1995, P. 434.

Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, (2014)., "*Tratado de derecho de familia*", según el *Código Civil y Comercial 2014*, tomo II, Argentina, Rubinzal - Culzoni. Buenos Aires 2014, pp.117-123.

Rubio, M. (2009). "*Sistema Jurídico Introducción al Derecho*, Parte II, Perú: Lima, pp.71-106.

Ravetllat Ballesté, Isaac, & Pinochet Olave, Ruperto. (2015). El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño Y Su Configuración En El Derecho Civil Chileno. *Revista chilena de derecho*, 42(3), 903-934. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000300007>. Recuperado de: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372015000300007](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000300007).

Plácido, A. (2016). Curso "El Principio Del Interés Superior Del Niño". Academia de la Magistratura. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/588/MANUAL%20CURSO%20INTER%20C3%89S%20SUPERIOR%20DEL%20NI%20C3%91O%20%281>

[%29.pdf?sequence=4&isAllowed=y](#).

UNICEF. (Agosto del 2019). *La Adecuación Normativa A La Convención Sobre Los Derechos Del Niño En América Latina Para La Infancia (UNICEF) Avances y Deudas Con La Niñez*. Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Panamá: República de Panamá. Recuperado de: <https://www.unicef.org/lac/media/9646/file/PDF%20La%20adecuacion%20normativa%20a%20la%20Convencion%20sobre%20los%20Derechos%20del%20Nino%20en%20America%20Latina.pdf>.

Ruiz, A. (2013). El Principio de la Jerarquía Normativa. En: [Dialnet.unirioja](http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79380.pdf). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79380.pdf>...

Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre del 2003 en el Exp\_0014\_2003\_ AI\_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de 5,000 ciudadanos contra el denominado «documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993» (sic). 104

García, V. (2015). "La constitución y la estructura jerárquica de las normas en el Sistema Jurídico Nacional". *Advocatus*: Universidad de Lima. En: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4367/4289>.

Sokolich, M. (24 de julio del 2013). La Aplicación Del Principio Del Interés Superior Del Niño Por El Sistema Judicial Peruano. *VOX JURIS*, Lima (Perú) 25 (1): 81-90. En: <https://www.aulavirtualusmp.pe/o>

[js/index.php/VJ/article/download/47/48](http://www.iusverum.com.ar/index.php/VJ/article/download/47/48).

Lora, Laura N. (2006). Discurso jurídico sobre El interés superior del niño. En: Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios. Ediciones Suárez, Mar del Plata,, pp. 479-488. En: <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-discurso-juridico-sobre-el-interes-superior-del-nino.pdf>

UNICEF (2006). “Convención sobre los derechos del niño”. UNICEF Comité Español <https://www.un.org/es/events/chilrenday/pdf/derechos.pdf>

(SC 2004, C.2) (2004), “Ley federal de reproducción humana asistida de Canadá”. En: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/page-1.html>.

Zegarra, Y. (2012) “Aspectos Jurídicos Intervenientes En La Contratación De La Maternidad Disociada (Ventre De Alquiler) Y La Necesidad De Su Regulación Legal En El Perú, 2012”. [Tesis para optar el grado de magister]. Universidad Católica de Arequipa. <https://core.ac.uk/download/pdf/198134483.pdf>.