

UNIVERSIDAD PERUANA DEL CENTRO

UNIVERSIDAD PERUANA
DEL CENTRO



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS ADMINISTRATIVAS

TESIS

Maternidad subrogada y la tutela del derecho a procrear, en la legislación civil peruana.

Para optar el título profesional de

ABOGADA

Presentado por:

Zarich Sprin Aguilar Cardenas

Asesores:

ABG. CHRISTIAN HELDRICH, GAMARRA

HUANCAYO-PERU

2023

RESOLUCIÓN DECANAL N° 018-2023-FDCA/UPeCEN

Huancayo, 10 de marzo de 2023

EL DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS ADMINISTRATIVAS

VISTO:

El expediente presentado por doña **Zarich Sprin Aguilar Cárdenas**, identificada con DNI N° 20045875 con Código de Matrícula N° 2016120204, Bachiller de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencia Política de la Facultad de Derecho y Ciencias Administrativas de la Universidad Peruana del Centro – UPeCEN, quien solicita sustentar su tesis titulada **“MATERNIDAD SUBROGADA Y TUTELA DEL DERECHO A PROCREAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”**.

CONSIDERANDO:

Que la Universidad Peruana del Centro – UPeCEN como institución de formación profesional, goza de autonomía universitaria, la cual se ejerce de conformidad con lo establecido en la Constitución Política del Perú, la Ley N° 30220 – Ley Universitaria y demás normativa aplicable; en este contexto y según lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley N° 30220 – Ley Universitaria, la autonomía universitaria implica la potestad auto-determinativa, en los regímenes normativo, de gobierno, académico, administrativo y económico;

Que la comisión revisora designada ha emitido un dictamen favorable respecto de la Tesis titulada **“MATERNIDAD SUBROGADA Y TUTELA DEL DERECHO A PROCREAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”**, presentada por la Bachiller **Zarich Sprin Aguilar Cárdenas**.

Que de conformidad con el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Peruana del Centro – UPeCEN, aprobado mediante Resolución Rectoral N° 008-2020/R-UPeCEN, se aprecia que el expediente del visto se encuentra Expedido para la sustentación, siendo que para ello deberá observarse estrictamente lo previsto por la Resolución Rectoral N° 071-2020/R-UPeCEN, la cual aprueba de forma temporal y excepcional las sustentaciones de tesis de manera no presencial o virtual; así como por lo previsto por la Resolución Rectoral N° 095-2020/R-UPeCEN, mediante la cual se aprueba el Protocolo para la Sustentación Virtual Temporal y Excepcional para la obtención de Grados y Títulos;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- AUTORIZAR EXCEPCIONALMENTE la sustentación de manera no presencial o virtual de la tesis titulada **“MATERNIDAD SUBROGADA Y TUTELA DEL DERECHO A PROCREAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”** presentada por **Zarich Sprin Aguilar Cárdenas**, identificada con **DNI N° 20045875** y **Código de Alumno N° 2016120204**, acto que se realizará en el día y hora siguientes:

Hora : **20:00 horas**
Fecha : **jueves 16 de marzo de 2023**
Modalidad : **Virtual – Plataforma Classroom Google Meet**

SEGUNDO.- DESIGNAR a los miembros integrantes del Jurado Evaluador de la Sustentación:

Presidente : **Dra. Emilia Untiveros Peñaloza de León**
Secretario : **Abog. Christian Heldrich Gamarra Bautista**

Vocal : **Mg. Carlos Octavio Francia Ayarza**

REGÍSTRESE, COMUNÍQUESE Y ARCHÍVESE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS ADMINISTRATIVAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

En la ciudad de Huancayo, siendo las 20:00 horas del día jueves 16 de marzo de 2023, en el Aula Virtual de la plataforma Classroom (Google Meet), dominio de la Universidad Peruana del Centro – UPeCEN, estando presentes y conectados los Miembros del Jurado Evaluador conformado por:

Presidente : **Dra. Emilia Untiveros Peñaloza**
Secretario : **Abog. Christian Heldrich Gamarra Bautista**
Vocal : **Mg. Carlos Octavio Francia Ayarza**

Con la lectura de la Resolución Decanal N° 018-2023-FDCA/UPeCEN de fecha 10 de marzo de 2023, leída por el Secretario Docente, se procedió a la sustentación de la Tesis titulada: "MATERNIDAD SUBROGADA Y TUTELA DEL DERECHO A PROCREAR EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA", presentado por la Bachiller doña Zarich Sprin Aguilar Cardenas, identificada con DNI N° 20045875 con Código de Matrícula N° 2016120204.

Concluida la Sustentación y luego de la correspondiente deliberación del Jurado Evaluador, se llegó al siguiente resultado

.....APROBADO.....

Siendo las 20:45 horas se dio por concluido el Acto de Sustentación Virtual, haciendo conocer el resultado obtenido al interesado, procediéndose conforme lo dispuesto por el Reglamento de Grados y Títulos, así como lo previsto por el Protocolo para la Sustentación Virtual Temporal y Excepcional para la obtención de Grados y Títulos, remitiéndose la documentación en la forma prevista a las áreas correspondientes según protocolo.

DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

PRESIDENTE
DRA. EMILIA UNTIVEROS PEÑALOZA
BAUTISTA

SECRETARIO
ABOG. CHRISTIAN HELDRIC GAMARRA

VOCAL
MG. CARLOS OCTAVIO FRANCIA AYARZA



**FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS ADMINISTRATIVAS**

**ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL
DE DERECHO**

TESIS

Maternidad subrogada y la tutela del derecho a procrear, en la
legislación civil peruana.

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

PRESENTADO POR:

BACH.

Zarich Sprin Aguilar Cardenas

HUANCAYO - PERÚ

2023

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios, por haberme dado la vida y permitirme llegar este momento tan importante en mi formación profesional, por los triunfos y los momentos difíciles que me han enseñado a valorarlo cada día más; a mi esposo y a mi hijo por el apoyo incondicional en mi vida personal y profesional, porque son la fortaleza de vida para seguir siempre alcanzando los objetivos trazados.

LA AUTORA.

AGRADECIMIENTO

Expreso mi agradecimiento al asesor de esta tesis, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a las sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha tenido con mi persona, por sus palabras de aliento, por habernos acompañado en este camino de la investigación y la formulación tesis.

LA AUTORA.

INDICE

CARATULA	7
DEDICATORIA	5
AGRADECIMIENTO	6
RESUMEN	9
ABSTRACT	11
INTRODUCCION	13
CAPÍTULO I	17
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	17
I.1. Descripción del problema	17
I.5.3. Metodológica	22
I.6. Hipótesis y variables	22
I.6.1. Hipótesis	22
I.6.1.1. Hipótesis General	22
I.6.1.2. Hipótesis Específicas	22
I.6.2. Variables	23
I.6.3. Operacionalización de las variables	23
CAPÍTULO II	26
MARCO TEÓRICO	26
I.1. Antecedentes de la investigación	26
I.2. Bases teóricas o científicas	32
2.2.1. Maternidad subrogada	32
2.2.1.1. La maternidad subrogada desde un contexto dogmático	34
2.2.1.2. Tipos de maternidad subrogada	36
2.2.1.3. Modalidades	38
2.2.1.4. Formas de maternidad subrogada	39
2.2.2. Derechos reproductivos y sexuales	40
2.2.3. Derecho a la identidad biológica	51
2.3. Marco conceptual	55
– Maternidad Subrogada:	55
– Derecho Reproductivo:	56

	8
– Infertilidad.	56
– Técnicas de reproducción asistida:	56
– Maternidad:	56
– Derecho a formar una familia:	57
CAPÍTULO III	57
METODOLOGÍA	57
3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica	57
3.2. Método de investigación	57
3.3. Diseño metodológico	58
3.3.1. Trayectoria del estudio	58
3.3.2. Escenario de estudio	58
3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos	59
3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	59
3.3.5. Tratamiento de la información	59
3.3.6. Rigor científico	60
3.3.7. Consideraciones éticas	60
CAPÍTULO IV	62
RESULTADOS	62
3.1. Descripción de los resultados	62
3.2. Contrastación de las hipótesis	65
3.3. Discusión de Resultados	71
3.4. Propuesta de mejora	75
CONCLUSIONES	76
RECOMENDACIONES	78

RESUMEN

El problema general de la presente investigación es el siguiente: ¿de qué manera se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir, en el ordenamiento jurídico?, siendo el objetivo principal: determinar de qué manera se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico. Asimismo, como hipótesis de investigación se formuló: la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico se debe regular de manera expresa a fin de que puedan alcanzar la finalidad de tener hijos como parte de su proyecto de vida. A nivel metodológico, se empleó el método inductivo-deductivo, de tipo de investigación jurídica social, de nivel explicativo, de diseño transversal y no experimental. El enfoque de la investigación es de carácter cualitativo. Como conclusión se ha señalado que: se ha determinado, a partir del análisis dogmático realizado, que sí es necesario modificar el Artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, que en la actualidad establece “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como; a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”, e incluir en su contenido una regulación en torno a la figura de la maternidad o gestación subrogada incluyendo a las Técnicas de Reproducción Asistida, cuando la madre gestante y la madre genética no recaigan en la misma persona y de esa manera no se vulnere el derecho a la reproducción de todo ser humano.

PALABRAS CLAVES: Maternidad subrogada, Derecho a concebir, Derecho a formar una familia, Derecho a la autorrealización de la madre.

ABSTRACT

The general problem of the present investigation is the following: how should surrogate motherhood be regulated for the legal protection of the right to conceive, in the legal system?, being the main objective: to determine how maternity should be regulated subrogated for the legal protection of the right to conceive in the legal system. Likewise, as a research hypothesis, it was formulated: surrogate motherhood for the legal protection of the right to conceive in the legal system must be expressly regulated so that they can achieve the purpose of having children as part of their life project. At the methodological level, the inductive-deductive method was used, of the type of social legal research, explanatory level, cross-sectional and non-experimental design.

The focus of the research is qualitative. In conclusion, it has been indicated that: it has been determined, based on the dogmatic analysis carried out, that it is necessary to modify Article 7 of Law 26842, General Health Law, which currently establishes "Every person has the right to resort to the treatment of their infertility, as well as to procreate through the use of assisted reproduction techniques, provided that the condition of genetic mother and surrogate mother falls on the same person. For the application of assisted reproduction techniques, the prior written consent of the biological parents is required", and include in its content a regulation regarding the figure of maternity or surrogacy including Assisted Reproduction Techniques, when the surrogate mother and the genetic mother do not fall on the same person and thus the right to reproduction of every human being is not violated.

KEY WORDS: Surrogate motherhood, Right to conceive, Right to form a family, Right to self-realization of the mother.

INTRODUCCION

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida que actualmente se viene ejerciendo en nuestro país. Nuestro ordenamiento jurídico no tiene una ley que directamente regule o prohíba la gestación subrogada. Esto está generando muchos problemas en la determinación de la filiación en los hijos con sus padres. Al ser la gestación subrogada una técnica que permite la participación de varios sujetos, es difícil determinar quién de ellos cumple el status de padre o de madre del menor. Asimismo, las instituciones estatales como RENIEC y el Ministerio de Salud del Perú, no cuentan con un procedimiento para el reconocimiento del recién nacido por una mujer distinta a quien físicamente lo alumbró, lo que genera trabas burocráticas para que el niño tenga un nombre y apellido, así como; una familia que lo acoja y lo proteja de manera definitiva.

Además, la ausencia de normativa ha favorecido el incremento de redes clandestinas que promocionan a mujeres peruanas como incubadoras humanas, a cambio de elevados montos de dinero. Estas mujeres están dispuestas a llevar en sus vientres los hijos de otros. Arriesgando su propia salud física y emocional inclusive. No solo los implicados en este tipo de negocios clandestinos son personas naturales sino, también personas jurídicas como los centros médicos y clínicas de alto prestigio que se promocionan como las únicas en el mercado en realizar estas técnicas de reproducción asistida.

Este trabajo está compuesto por dos capítulos, en el primer capítulo se presentará las nociones básicas y generales de la maternidad subrogada. En el segundo capítulo se presentarán las consecuencias jurídicas del ejercicio de la maternidad subrogada, en instituciones como la filiación. Además, se presentará la situación jurídica del Perú sobre

la maternidad subrogada, lo que la jurisprudencia y la doctrina están resolviendo en ausencia de una regulación.

En el Perú no existe hasta ahora una Ley que regule técnicas de reproducción asistida que tampoco norma de registro civil que proteja el derecho de estas personas nacidas por estas técnicas de reproducción asistida.

Este tema es importante porque en algunos casos, estas personas podrían tener la necesidad de quienes fueron sus progenitores y al tener acceso a esta información, por tratamientos médicos o por posibles malformaciones heredadas de estos mismos progenitores, por alguna secuela en su vida por alguna mala praxis o por el derecho de conocer sus orígenes dado alguna enfermedad de la que pueda padecer y que pueda ser aliviada con el conocimiento de los datos de su generación que bien podrían estar evidenciados en su registro civil.

Como toda exposición de una problemática, en lo consiguiente se han desarrollado los temas que, por su trascendencia, mantienen un nexo con el epicentro del presente trabajo, y es que, una investigación no se puede estudiar, abordar o analizar, de forma directa, sino más bien hacer un trabajo coherente de todos los elementos que permitan sustentar y encauzar la misma, por ello es que en cada uno de estos elementos se presenta el elegante lenguaje utilizado por los tratadistas de la materia. Se sabe que en nuestro país no existe una legislación específica en las técnicas de reproducción asistida (TERAS), menos aún, alguna norma que proteja el derecho de las personas nacidas por estas técnicas y que posteriormente no se evidencien en el Registro Civil, datos referidos a su generación y bajo técnica de reproducción asistida nacieron.

El ordenamiento jurídico peruano sobre la reproducción asistida sólo cuenta con el artículo 7 de la Ley General de Salud N.º 26842 que prescribe " Toda persona tiene

derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como; a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción 10 asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como; la clonación de seres humanos”. Tenemos que la filiación de todo niño recién nacido es fundamental y es un derecho inherente de todo ser humano.

Asimismo, la investigación se ha estructurado de acuerdo a lo exigido por el formato publicado por el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Peruana Del Centro.

En el primer capítulo se ha planteado desarrollar el aspecto relacionado al Planteamiento del problema, capítulo muy importante, ya que se ha podido explicar por qué el tema escogido constituye un problema de relevancia y actualidad.

En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la y marco conceptual.

En el tercer capítulo vinculado a la Metodología, se han considerado los aspectos relacionados a la explicación fundamental de los caracteres de forma empleados para articular la estructura de la tesis, así, se han planteado los temas vinculados al nivel, método, diseño, tipo, población y muestra, así como; también se han detallado las técnicas y el instrumento de investigación formulado.

En el cuarto capítulo referido a los Resultados, siendo importante dar cuenta que aquí, se han explicado los aspectos vinculados a la presentación de resultados estructura de acuerdo al programa estadístico empleado, asimismo, se ha estimado pertinente utilizar

la contrastación de las hipótesis, y, por último, se ha estimado importante formular la discusión de resultados, de acuerdo a los resultados obtenidos por la presente, en comparación a lo que otros autores han planteado al respecto.

Y en la parte final, se han considerado los aspectos referentes a las conclusiones, las mismas que guardan estrecha relación con los objetivos y las hipótesis de investigación, y también las recomendaciones, así como las referencias bibliográficas empleadas y la parte de anexos.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

I.1. Descripción del problema

Las Técnicas de Reproducción Asistida constituyen mecanismos que se han empleado para poder solucionar los problemas de fertilidad, a fin de posibilitar que se utilicen estas técnicas, considerando importante que se debe privilegiar la tutela de los derechos reproductivos, que forman parte de los derechos más elementales de toda persona.

Este nuevo método usado ante la problemática involucra, como ya se dijo, a ciertos derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente como los derechos sexuales y reproductivos, y ha tenido cierta resonancia en algunos casos mediáticos conocidos.

Por esta razón, ante la falta de especificidad frente a la incertidumbre que ha quedado evidenciada con la llegada de ciudadanos extranjeros, el presente análisis se enfocará de manera específica en la gestación o maternidad subrogada; **la cual**, es definida según García (2020): “en la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, ya que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima” (p. 275).

De esta manera, podemos diferenciar claramente entre ambos tipos de maternidad y el papel que tiene la madre, ya que en la maternidad subrogada plena

Comentado [S1]: Es una proposición y debe escribirse de la manera correcta (; LA CUAL,). En TODO el documento.

se aprecia una intervención activa de la madre, toda vez que aporta los genes necesarios para que esta técnica pueda emplearse adecuadamente, hecho que no se da en plenitud en la maternidad subrogada parcial.

Estas figuras no cuentan con una regulación suficiente, siendo que, sólo el artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud, lo recoge en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”.

Queda evidenciado del análisis normativo que nuestro ordenamiento jurídico permite la maternidad subrogada sólo para los casos en los que el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante, dejando bajo criterio de los operadores de justicia la solución de conflictos en aquellas maternidades subrogadas parciales o gestacionales como el presentado en la Casación N° 563-2011 Lima en el que se preceptuó que: “la madre biológica en total acuerdo con su conviviente, procreó a la niña, aceptando ser inseminada artificialmente por persona distinta a su pareja” (p.4) donde fue la Corte Suprema, a falta de norma, quien validó el acuerdo de maternidad subrogada, entendiendo que el mismo no se encuentra regulado y por tanto tampoco se encuentra prohibido.

En tal contexto, es fundamental la modificación del artículo 7 de la Ley General de la Salud, puesto que sólo regula el caso en el cual la madre genética y la madre gestante recaen en la misma persona; proponiendo la regulación de los demás supuestos como el que nos presenta la maternidad subrogada para evitar

posteriores complicaciones jurídicas derivados de este suceso que se viene dando en la realidad.

I.2. Delimitación del problema

I.2.1. Delimitación espacial

La presente tesis estableció como lugar de estudio la ciudad de Huancayo, región Junín.

I.2.2. Delimitación temporal

La tesis consideró en cuanto a sus datos de estudio el año 2022.

I.2.3. Delimitación conceptual

Los conceptos más relevantes para la presente investigación son los siguientes ítems:

- Maternidad subrogada.
- Tutela jurídica del derecho a concebir.
- Proyecto de vida.
- Derecho a formar una familia.
- Técnicas de reproducción asistida.
- Dignidad de la mujer.
- Derecho a la identidad del menor.

I.3. Formulación del problema

I.3.1. Problema general

¿De qué manera se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir, en el ordenamiento jurídico?

I.3.2. Problemas específicos

I.3.2.1. ¿Cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico?

I.3.2.2. ¿Cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico?

I.4. Objetivos

I.4.1. Objetivo general

Determinar de qué manera se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico.

I.4.2. Objetivos específicos

I.4.2.1. Establecer cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico.

I.4.2.2. Establecer cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico.

I.5. Justificación de la investigación

I.5.1. Social

La presente investigación se justifica a nivel social porque benefició a aquellas personas que tienen la intención de concebir a través de la maternidad subrogada. Así, resulta importante analizar el tópico de la materia subrogada, así como; determinar la necesidad de la regulación de esta técnica de reproducción asistida descrita en forma escueta en el

apartado del dispositivo legal antes mencionado; por lo tanto, el presente trabajo de investigación propone e incentiva la creación de una legislación que busque una posición en bioética; es decir, que no se instrumentalice la vida humana, como tampoco se prohíba el uso de estas técnicas reproductivas a familias que no pueden tener hijos de forma natural, siendo el derecho la vía para regular conductas, otorgar derechos y poner límites al comportamiento humano.

I.5.2. Científica – teórica

A medida que el tiempo transcurre, las leyes se modifican y se ajustan a las necesidades y cambios de la sociedad, esto debido a que el Derecho no es estático, es variable y dinámico, se manifiesta o se expresa como un conjunto de normas con el fin de ordenar la vida del ser humano en la sociedad, buscando con ello garantizar el respeto de los derechos de las personas y por el bien común, de allí la exigencia de que las normas jurídicas sean revisadas habitualmente a fin de acondicionarlas a los cambios situacionales de la sociedad y del gran adelantamiento científico, debiendo con ello contar con una legislación moderna y actualizada, de lo contrario se encontraría una legislación obsoleta si no se realizan los cambios normativos respectivos.

En tal sentido, la exigencia de analizar la escasez de regulación sobre la maternidad subrogada, puesto que en el actual ordenamiento jurídico únicamente se encuentra el amparo a la mencionada técnica de reproducción asistida en el art. 7 de la Ley N°26842 Ley General de Salud, donde se puede apreciar que existe una única prohibición respecto

a la subrogación, en precisión detalla que la gestante y la madre biológica debe ser la misma persona.

I.5.3. Metodológica

La investigación se justificó metodológicamente, porque empleó como instrumento de investigación, la ficha de análisis bibliográfico, en la que previamente se realizará la evaluación a través del juicio de expertos, a fin de establecer la validez de contenido del instrumento seleccionado.

I.6. Hipótesis y variables

I.6.1. Hipótesis

I.6.1.1. Hipótesis General

La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico se debe regular de manera expresa a fin de que puedan alcanzar la finalidad de tener hijos como parte de su proyecto de vida.

I.6.1.2. Hipótesis Específicas

- La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico, se debe regular estableciendo una modificatoria en la Ley General de Salud.
- La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico, se debe regular en concordancia con las

disposiciones constitucionales sobre los derechos reproductivos.

I.6.2. Variables

- Variable independiente:

Maternidad subrogada.

- Variable dependiente:

Derecho a concebir.

I.6.3. Operacionalización de las variables

TIPO DE CATEGORÍA	CATEGORÍAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUBCATEGORÍAS	ESCALA	INSTRUMENTO
CATEGORÍA UNO.	Maternidad subrogada	(Silva, 2016) mencionó que “la maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso” (p. 90)	-Método de reproducción asistida. -Transferencia de embriones con un niño que no es biológicamente suyo.	Nominal.	Ficha de análisis bibliográfico.
CATEGORÍA DOS.	Derecho a concebir.	“El derecho a la reproducción humana es de la tercera generación y aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución que en su párrafo	-Derecho a formar una familia -Derecho a la	Nominal.	Ficha de análisis

		1 expresa: El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana. (Rodríguez, 2016, p. 89).	autorrealización de la madre		bibliográfico .
--	--	--	------------------------------	--	-----------------

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

I.1. Antecedentes de la investigación

A nivel internacional se ha considerado las siguientes investigaciones:

González (2018), realizó la tesis titulada: “Autonomía Reproductiva y Derecho. Un análisis de los Marcos Jurídicos Internacional, europeo y español desde la Teoría Jurídica Feminista”, sustentada en la Universitat Autònoma de Barcelona, para optar el título de Doctor en Derecho. A nivel metodológico, utilizó el método científico, de tipo jurídico social, de nivel explicativo, de diseño no experimental, empleando como instrumento de investigación al cuestionario. El autor desarrolló una investigación normativa, doctrinaria y jurisprudencial sobre la regulación que existe a nivel europeo y español respecto a la autonomía reproductiva de las mujeres, precisando como una de sus conclusiones de que aún existen vacíos en cuanto a su regulación.

La presente investigación es importante en el desarrollo de la presente tesis,

en la medida que plantea que los derechos sexuales y reproductivos de la mujer se rigen por el criterio de la autonomía, siendo elemental el hecho que, a nivel constitucional también se tutelen dichos derechos, las cuales hacen factible que se utilice adecuadamente las técnicas de reproducción asistida, sobre dicho reconocimiento constitucional.

Cué (2016), sustentó la tesis titulada: “Maternidad Subrogada”, en la Universidad Panamericana de México, para optar el título de Doctor en Derecho. A nivel metodológico, utilizó el método inductivo-deductivo, de tipo jurídico dogmático,

Comentado [S2]: Revisar redacción.

de nivel explicativo, de diseño no experimental, empleando como instrumento de investigación a la ficha de análisis documental. En el desarrollo de su investigación tuvo como ejes principales a la salud reproductiva y maternidad subrogada, indicando lo siguiente:

“En el caso de la maternidad subrogada se trata del ejercicio de la libertad personal en relación con la función procreativa, la libre elección de fundar una familia, el número y espaciamiento de sus integrantes, además de la obligación del Estado a garantizar los métodos y servicios adecuados, brindando la información oportuna a la sociedad (...)” (Cué, 2016, p. 17).

La relevancia de la presente investigación se da en el hecho de que el autor encuentra una relación entre la maternidad subrogada con el derecho a la reproducción, y que es función de todo Estado el de procurar y resguardar este derecho a través de una adecuada información y regulación jurídica, lo que también buscamos desarrollar en nuestro presente análisis.

Rubio (2018) con su tesis “Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante” sustentada en la Universidad de Salamanca, para optar el título de Magíster en Derecho de Familia. A nivel metodológico, utilizó el método de análisis-síntesis, de tipo jurídico dogmático, de nivel explicativo, de diseño transversal, empleando como instrumento de investigación a la ficha de análisis documental; desarrolló una investigación sobre la situación (para la fecha de elaboración) en la que se encuentra la mujer gestante por sustitución, considerando la siguiente conclusión:

“No hay certeza de que los derechos de la mujer gestante se estén respetando. La Instrucción de 5 de octubre de 2010 no es la mejor medida a tomar para garantizar el interés superior del menor y los derechos de la mujer gestante. Espero que el legislador no se demore en retomar el tema de la gestación por sustitución, que tanto revuelo está suscitando, y trate de garantizar esos objetivos que la Instrucción ha propuesto. Así pues, creo que la mejor salida no sea la prohibición del contrato de gestación por sustitución sino más bien la permisibilidad de esta técnica siempre que se realice de manera altruista. Por lo que nos encontraríamos realmente ante un acto de solidaridad de la mujer gestante hacia los padres o individuo comitente”. (Rubio, 2012, p. 30).

Un aspecto para destacar en la presente tesis es que, plantea un cuestionamiento en relación a los derechos que tiene la mujer para que pueda procrear, tomando en cuenta que, es fundamental tutelar el interés superior del niño, ya que; no toda técnica que se emplee es factible en el sistema normativo, sino sólo aquellas técnicas que no afectan los derechos del menor.

Eyzaguirre (2019) con su investigación: “Derechos de la Fecundación en Alquiler de vientre de la gestante y sus problemas de filiación dentro de la legislación boliviana”, sustentada en la Universidad Mayor de San Andrés, optar el título de título de abogado. A nivel metodológico, utilizó el método científico, de tipo jurídico social, de nivel descriptivo, de diseño transversal, empleando como instrumento de investigación a la entrevista, abordó la problemática que existe en la filiación dentro del alquiler de vientre en el marco de la regulación jurídica boliviana, concluyendo lo siguiente:

“Si se decidiera regular la figura del Alquiler de Vientre, se evitarían muchos daños potenciales existentes al momento de realizar la filiación con el niño producto del procedimiento. Finalmente, el ordenamiento jurídico no deberá reducir su cometido al mero rechazo de esta práctica, sino que, además habrá de contemplar la situación dada ante el hecho consumado. En efecto, el nacido tendrá que ser emplazado en un status jurídico familiar y hacia ese norte habrá de dirigir el legislador toda su ciencia y sabiduría con el fin de no menoscabar el derecho a la identidad y el interés superior del menor”. (Eyzaguirre, 2014, pp. 169-171)

La presente investigación aporta a nuestra línea de indagación la necesidad de regular en el Perú la maternidad subrogada, considerando que los denominados vientres de alquiler se deban utilizar bajo criterios permitidos por la legislación, estableciendo reglas precisas para su desarrollo.

A nivel nacional se encontraron los siguientes antecedentes:

Aco (2020) con su investigación titulada: “Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019”. Sustentada en la Universidad Tecnológica del Perú, para optar el título de Abogado. A nivel metodológico, utilizó el método científico, de tipo jurídico social, de nivel correlacional, de diseño no experimental, empleando como instrumento de investigación a la entrevista; sostiene principalmente:

“Se analizó que una eventual regulación de la Maternidad Subrogada protegería el proyecto de vida de mujeres infértiles ya que el mayor daño que se puede causar a una persona es la

frustración por retardar la realización del plan de vida, el menoscabo que implica la reducción de su libertad y pérdida de un valor importante que no puede ser desapercibido ante la inminente existencia de casos donde se vulnera el derecho de gozar de un proyecto de vida reconocido por la CIDH” (p. 100).

Hernández (2018) con su tesis titulada: “Los efectos jurídicos de la maternidad subrogada y el derecho pro creacional de las personas, en Lima, 2017-2018”, la cual le sirvió para la obtención del título de Abogado en la Universidad Autónoma del Perú, el año 2018, en la cual se resalta la presente idea:

“El Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia, es por ello que debe entenderse que es un derecho fundamental e inherente al ser humano, y que la práctica de la maternidad subrogada si es una oportunidad para muchos que tienen no solo el deseo y la intención de ser padres también implica responsabilidad sobre la tutela de derechos de quienes participan en la práctica como del menor que se encuentra por nacer, es por ello que es necesario la intervención del Estado no el sentido de restringir sus derechos sino de fiscalizar la práctica, a fin que no se abuse del derecho reproductivo o sea objeto de comercialización la madre gestante y/o el nuevo ser”. (Hernández, 2018, p. 129-130).

Este estudio es relevante por cuanto nos permite comprender el sentido de responsabilidad que debiera tener el Estado frente a los ciudadanos que tiene el deseo de ser padres y requieren de su protección, línea de postura que se pretende hacer en este trabajo de investigación.

Lagos (2020) con su tesis “Por un acto de amor ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú” sustentada en la Universidad Privada del Norte para optar el Título Profesional de Abogada. A nivel metodológico, utilizó el método inductivo-deductivo, de tipo jurídico social, de nivel descriptivo, de diseño transversal, empleando como instrumento de investigación a la ficha de análisis documental; sostiene principalmente:

“En el Perú contamos con veredictos emitidos por nuestros jueces. Y en algunos casos se ha dejado de lado lo prescrito por el artículo 7° de la Ley General de Salud, dando como resultado fallos contradictorios a los esgrimido por el citado artículo, pues en la mayoría de los casos se ha optado por resolver en base a criterios pocos eficaces para las partes, los cuales incluso han llegado a generar violaciones jurídicas” (Lagos, 2017, p. 86)

El aporte para nuestra investigación radica en el hecho de demostrar la existencia de vacíos legislativos en el tema de la maternidad subrogada. El autor demuestra mediante el análisis de distintos fallos emitidos por nuestros jueces que, los mismos no motivan adecuadamente las sentencias, por no existir una regulación normativa al respecto, problema que también será parte del desarrollo de nuestra investigación.

- En tal sentido, el autor plantea la relevancia de poder fijar normativamente un escenario legal claro, con dispositivos normativos precisos que regulen las técnicas de reproducción asistida, siendo elemental el hecho que exista una regulación en donde también se fijen los límites al empleo de este tipo de técnicas.

I.2. Bases teóricas o científicas

2.2.1. Maternidad subrogada

Debe precisarse que la expresión “subrogada” significa de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra” (RAE, 2005, p. 285).

De esta manera, la expresión (para el ámbito de nuestra investigación) denota el hecho de sustituir en la práctica a la persona que empleará el mecanismo de esta técnica de reproducción asistida.

Otra definición del término subrogación refiere a la “idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra” (Gutiérrez & Gómez, 2002, p. 55).

En ese contexto, es importante señalar que esta idea de sustituir por otro lado es un elemento importante en el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Bajo ese orden de ideas, se precisa que la palabra subrogar significa “precisamente sustituir o cambiar una cosa o persona por otra” (Bejarano, 2002, p. 67).

Así con estas definiciones podemos afirmar que la expresión “subrogar” aluden al proceso de suplantación maternal para conceder derechos y obligaciones que deben ser atendidos en el ámbito del derecho familiar.

En este tenor, la ley debe señalar que la subrogación es una forma de transmisión de las obligaciones, que consiste en sustituir a un acreedor por otro, y esto no puede adjudicarse a la maternidad subrogada, toda vez que esta figura no tiene como fin que la mujer que contrata sea sustituida por otra contratante. En consecuencia, “la idea que se debe aplicar a la subrogación es la de sustitución o cambio de una persona por otra, pero sin atribuirle lo que indica la ley” (Jiménez, 2019, p. 35).

Por su parte, la maternidad es una palabra que proviene de materno y significa “*estado o cualidad de madre*” con ello se hace referencia a la relación existente entre la madre y/o los hijos, pues por madre se entiende la mujer que es responsable de los hijos, de su cuidado y educación, la encargada de buscar una buena escuela, de vestirlos, bañarlos, alimentarlos etc. De esta manera, “una madre no sólo es aquella mujer que da a luz al bebé sino también la que lo educa, cuida y alimenta” (Arámbula, 2014, p. 22).

Para Delgado (2004), la subrogación “es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra” (p. 57). El concepto subrogación no sólo implica la sustitución o cambio de una cosa; es además la sustitución o cambio de una persona.

En el terreno de la maternidad subrogada, que como se señaló en apartados anteriores como la prestación del útero de una mujer por consentimiento para que otra pueda aprovechar el desarrollo del niño, debe ser importante saber quién es la que aporta el óvulo, ya que a este aspecto no se le ha dado la debida importancia, pues si la solicitante no aporta el material genético, o sea, el óvulo, entonces cómo

puede alegar ser la madre del niño. Podría serlo sólo si lo adopta, de acuerdo a lo que la ley determine.

En cambio, si la solicitante es la que aporta el óvulo, se crean lazos muy fuertes entre ella y el bebé: la consanguinidad, la herencia, las características físicas y de personalidad. He aquí “porque la maternidad se determina por el parto, sea dentro o fuera del matrimonio, con óvulo fecundado o no, por la mujer que da a luz” (Guzmán, 2001, p. 23).

De esta manera, si bien existe una relación de consanguinidad, es importante señalar que dicha relación se debe sostener por el tipo de filiación que reconoce la legislación.

2.2.1.1. La maternidad subrogada desde un contexto dogmático

El año 1975 en la ciudad de California, Estados Unidos, hubo una publicación en un periódico, a través del cual se solicitó “a una mujer para pueda ser fecundada de manera artificial a pedido de una pareja que no podía tener hijos, por lo que se ofrecía una compensación dineraria” (Aco, 2020, p. 33).

En tal sentido se afirma que, dicho acontecimiento marca el punto de partida para una posterior y paulatina regulación de las técnicas de reproducción asistida, tomando como elemento fundamental, el hecho que, el mencionado caso fue paradigmático, por la relevancia de los cuestionamientos que existieron.

Posteriormente a este suceso, se constituyeron organizaciones; las cuales, ofrecían sus servicios para contactar a madres portadoras con las parejas infértiles por lo que, en 1976, Noel Keane estableció la primera *Surrogate Family Service*

Inc; con objeto de ayudar a personas con problemas con infertilidad “ocupándose de realizar todas las formalidades que fueran necesarias para la subrogación” (Martínez, 2007, p. 53).

Así, con el nombre de maternidad subrogada, sustituta o gestación por cuenta de otro, se alude al procedimiento por virtud del cual el embrión de una pareja es implantado en el útero de otra mujer, quien consciente el embarazo, y llegado el momento pare un hijo en beneficio de aquella. En este sentido, la verdadera subrogación “presupone que el embrión no es propio, es decir, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado su material genético para la procreación” (Cataldo, 2009, p. 44).

De otro lado, Gutiérrez (2011) describe a la maternidad subrogada de la siguiente forma:

“son madres incubadoras las mujeres que gratuitamente o a cambio de una prestación, permiten que en su útero se implante un óvulo de una esposa, fecundado con el esperma del esposo de ésta y la “aceptante” (p. 23), llevará en su vientre, durante el lapso del embarazo a ese producto que no se generó con óvulo de ella, ni con esperma de su compañero, que es simplemente “una mujer que permite que en su útero se desarrolle el embarazo, y al final de éste, el producto será entregado a los titulares del óvulo y el esperma” (p. 37).

De esta forma, se define la forma en que pueda emplearse esta técnica de la maternidad subrogada, tomando en consideración la importancia que tienen las madres al momento de practicar este tipo de fecundación.

Así, se puede afirmar que constituye un “proceso por el cual una mujer gesta y pare un infante, concebido sin copula y genéticamente ajeno, a cuenta de otra mujer”. (Kritchevsky, 2019, p. 20).

Lo señalado en líneas precedentes nos permite afirmar la existencia de un requisito sine qua non: el empleo de otra persona, quien deberá de expresar el consentimiento para el uso de este tipo de técnicas.

Mientras que Espinoza (2019) establece que la maternidad subrogada es un “fenómeno social, por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos o no” (Espinoza, 2019, p. 22)

En la actualidad se ha difundido de manera tan amplia este tipo de técnicas de reproducción, por lo que a criterio del autor estamos frente a un fenómeno social.

Esta acepción asevera que la subrogación del útero permite establecer una relación consanguínea entre padres por medio de una gestación por otra.

Quienes recurren a esta práctica son mayoritariamente mujeres que cuentan con gónadas normales capaces de ovular pero que, por alguna causa, no pueden lograr un embarazo o éste no puede llegar a término (matriz infantil, aborto recurrente, malformaciones uterinas).

2.2.1.2. Tipos de maternidad subrogada

a) Maternidad plena:

Engloba la relación biológica (genética y gestacional) de la mujer con el niño y el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que son parte de la maternidad. En este tipo de maternidad se debe recalcar la existencia de un procedimiento previo de la fertilización in vitro habida cuenta que el embrión no ha sido el producto de una reproducción sexual (Varsi, 2020).

b) Maternidad genética:

Este tipo de maternidad corresponde a aquella mujer cuyo óvulo ha sido fecundado y del cual ha nacido una criatura, ya sea que la concepción se haya producido mediante una relación heterosexual, o que se haya producido por medio de una inseminación artificial (Varsi, 2020).

c) Maternidad gestacional:

Es relativa a la mujer que se encarga de la gestación de un embrión, a partir de un óvulo donado o que la pareja aporte sus gametos. Pueden recurrir personas como:

- Donante de óvulos con semen de la pareja.
- Donante de semen con el que fecunda el óvulo de la pareja.
- Donación de semen y óvulo.

Los sujetos involucrados en la maternidad gestacional son:

- Donante de esperma.
- Donante de óvulo.
- La gestante.

- El marido de la gestante.
- La pareja contratante: la esposa, el esposo.

d) Maternidad legal:

Se refiere a cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad, sin que exista entre ellos algún vínculo biológico (Varsi, 2020).

2.2.1.3. Modalidades

- a) Puede darse que la pareja comitente aporte totalmente el “material genético”, es decir, que tanto el óvulo como el espermatozoide son de la pareja comitente y la madre subrogada recibe el embrión en su útero con el fin de gestarlo.
- b) Otra modalidad es que la mujer comitente aporte el óvulo fecundado por un donante anónimo de esperma, es decir, el esperma pertenece a un hombre que no es el padre comitente.
- c) Otro caso es que la madre gestante aporte el “material genético” y este óvulo sea fecundado con el esperma de la pareja de ésta, por el padre comitente o por la donación anónima de un tercero.
- d) Y la última modalidad consiste en que el “material genético” no es de ninguno de los padres comitentes, es decir, es aportado por personas ajenas a los comitentes o al comitente y la madre subrogada tan sólo cede su útero y gesta al embrión.

2.2.1.4. Formas de maternidad subrogada

Según Espinoza (2019) existen diversas formas de aplicarse la maternidad subrogada:

a) Madre portadora:

Es considerada una maternidad de tipo parcial, ya que la madre de intención no puede gestar, pero aporta el ovulo, razón por la cual recurre en búsqueda de una mujer que pueda gestar por ella; siendo un claro caso de trigeneración humana en que: 1) el marido aporta el gameto masculino (espermatozoide), 2) su mujer aporta el ovulo y 3) la tercera es una madre gestante.

b) Madre sustituta:

Es considerada una maternidad de tipo tradicional, total o integral, en que la madre de intención no puede gestar o generar el gameto femenino (ovulo), por cuanto busca una mujer que pueda realizar ambas funciones, ceder su vientre gestacional y aportar el gameto femenino; siendo un caso de progeneración humana: 1) el marido aporta el gameto masculino (espermatozoide) y 2) la madre gestante a quien se le aplicara una inseminación.

c) Ovodonación:

Es considerada una maternidad de tipo parcial, en que la madre de intención si puede gestar, pero no genera el gameto femenino (ovulo), por cuanto busca una mujer que pueda aportarle la deficiencia genética (aportarle el ovulo); siendo un caso de trigeneración humana: 1) el marido

aporta el gameto masculino (espermatozoide), 2) su mujer es la gestante y 3) la tercera es quien proporciona el ovulo.

d) Embriodonación:

Es considerada una maternidad de tipo tradicional, total o integral pero especial, en el que las parejas comitentes sufren de deficiencia reproductiva (infertilidad), en ese sentido la madre de intención no puede gestar ni generar el gameto femenino (ovulo) y el esposo tampoco puede generar el gameto masculino (espermatozoide).

Por cuanto, es necesario recurrir a un cedente que realice el aporte masculino y una mujer que geste pero que además aporte el ovulo, a fin de que se efectuó la fecundación; siendo un caso de multigeneración humana: “1) los cedentes quienes aportan los gametos para la fecundación del embrión, 2) el marido que es infértil y 3) la tercera mujer o la cedente que aporto el ovulo” (Rospigliosi, 2013, p. 445).

2.2.2. Derechos reproductivos y sexuales

Varsi (2019) opina que “los derechos sexuales y reproductivos representan el pilar fundamental para el ejercicio de la ciudadanía, entendida más allá de la simple posibilidad de tomar decisiones en el ámbito público. La ciudadanía además implica la posibilidad para mujeres y hombres de tomar decisiones autónomas sobre su propio cuerpo y vida” (p. 39).

De tal manera, que los derechos sexuales y reproductivos deban ser entendidos como derechos plenos, que a nivel jurídico deban tener una connotación mucho más tuitiva, para que la mujer pueda desarrollarse a plenitud.

En tal sentido, los derechos sexuales comprenden la capacidad de mujeres y hombres de expresar y disfrutar de forma autónoma y responsable de su sexualidad, sin riesgo de enfermedades transmitidas sexualmente, embarazos no deseados, coerción, violencia y discriminación. Permiten a los seres humanos construir y ejercer libremente múltiples identidades sexuales de acuerdo con sus intereses, convicciones y proyecto de vida, como requisito para la libertad.

Según Espinoza (2019) “cuando los y las funcionarias de un Estado ni siquiera saben que los derechos reproductivos son derechos humanos, o no saben enmarcar la salud reproductiva y sexual en un marco de derechos humanos, es mucho más probable que se cometan violaciones a los derechos humanos relacionados con las mujeres” (p. 20).

En tal sentido, los derechos reproductivos se encuentran vinculados de manera directa con la salud reproductiva de la mujer, a fin de regular adecuadamente este tipo de derechos, como aquellos que se hallan vinculados a los derechos fundamentales más esenciales.

Y aquí hay que recordar que, para la teoría de los derechos humanos, no importa si las diferencias entre los sexos se deban a factores biológicos o sociales, porque sea por una u otra razón el Estado está en la obligación de garantizar que, ambos gocen de los derechos humanos sin importar su sexo, raza o cualquier otra condición natural o social. Esta es otra razón por la cual, es tan importante entender los derechos reproductivos como derechos humanos.

De acuerdo a Varsi (2019) los doce derechos que engloba los derechos reproductivos son:

- Derecho a la vida,
- Derecho a la salud,
- Derecho a la libertad,
- Derecho a decidir el número e intervalo de hijos,
- Derecho a la intimidad,
- Derecho a la igualdad y a la no discriminación,
- Derecho al matrimonio y a fundar una familia,
- Derecho al empleo y la seguridad social,
- Derecho a la educación,
- Derecho a la información adecuada y oportuna,
- Derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer,
- Derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación” (p. 88).

Según Barral (2020) “encaminados a garantizar el ejercicio y desarrollo libre, informado, saludable y satisfactorio de la sexualidad, se fundamentan en el disfrute de la sexualidad y el erotismo, sin coacción y libre de toda forma de violencia, implican explorar y disfrutar una vida sexual placentera” (p. 24), sin

miedos, vergüenza, temores, inhibiciones, culpa, creencias infundadas, prejuicios, que limiten la expresión de estos derechos.

Para su ejercicio se requiere del acceso a servicios de salud sexual, para que se tomen medidas para la prevención y atención de Infecciones de Transmisión Sexual, y enfermedades y dolencias que afecten el ejercicio placentero de la sexualidad.

En tal sentido, mediante este tipo de derechos, se busca que la mujer pueda aspirar a poder reproducirse utilizando una serie de técnicas, sin que esto pueda ser óbice para poder proteger, otros derechos vinculados al mismo; así como, sucede en otras legislaciones, como en Estados Unidos o Inglaterra.

Alonso (2019) explica que “los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos” (p. 21). Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico.

De esta manera, se reconoce el carácter inclusive convencional, que tienen estos derechos; a fin de que los diferentes instrumentos internacionales que a nivel normativo existen, se puedan proteger los derechos fundamentales de las mujeres.

Para asegurar el desarrollo de una sexualidad saludable en los seres humanos y las sociedades, los derechos sexuales, expuestos a continuación, deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades con todos sus medios. El ejercicio responsable de los derechos sexuales requiere el respeto a los derechos de las demás personas.

Fuenzalida (2018) explica que “el principio de equidad aplicado a los derechos sexuales y reproductivos tendrá que partir reconociendo que son las mujeres, por sus diferencias biológicas y los roles sociales asignados en su función reproductora, quienes deben decidir en última instancia sobre su sexualidad y reproducción” (p. 21), y quienes, debido a esas funciones, tienen necesidades específicas de salud sexual y reproductiva.

En ese sentido, es fundamental también señalar que el principio de equidad deba sostenerse como un elemento esencial, al momento de interpretar este tipo de derechos, siendo relevante considerar que este tipo de derechos son esenciales para el desarrollo reproductivo de las mujeres.

El “trato justo” para las mujeres en materia de salud, debe reconocer las diferentes necesidades en relación al ciclo vital, a las diferencias de clase, etnia, cultura, religión, etc. El principio de equidad tendría que reconocer y trabajar sobre las relaciones de poder entre hombres y mujeres en el ámbito de la sexualidad y reproducción como un punto de partida para facilitar el ejercicio de sus derechos reproductivos.

Así, plantea Garrido (2019) que “los derechos sexuales y reproductivos, son reconocidos a las personas hombres y mujeres, como también a las parejas” (p. 21).

En ese orden de ideas, los derechos sexuales y reproductivos se basan en que dichos criterios deben también reconocerse para ambos géneros, no sólo desde un punto de vista femenino.

El carácter relacional y social de la sexualidad y reproducción, involucra la responsabilidad de mujeres y hombres en estos procesos, por lo tanto, los derechos

sexuales y reproductivos no corresponden solo a las mujeres, son derechos humanos básicos de hombres y mujeres, aunque de manera general, hayan sido las mujeres las principales depositarias de la responsabilidad en este campo y se haya prestado poca atención al análisis del proceso reproductivo de los varones.

García y Montero (2019) opinan que “si bien la reacción religiosa contra los derechos sexuales y reproductivos no es completamente nueva en el discurso, el avance social y político en igualdad de género y derechos sexuales en los distintos contextos nacionales hace que los escenarios de esta contienda sí sean novedosos” (p. 92).

Sobre ello, es fundamental tomar en cuenta que los derechos sexuales y reproductivos no deben ser limitados por cuestiones religiosas, sino más bien, los derechos deban ser concordantes con el desarrollo reproductivo de las personas.

Suárez (2019) al respecto, opina que “a pesar de la secularización como proceso histórico, en la mayoría de los países de la región la Iglesia Católica condiciona de manera directa e indirecta las principales regulaciones y políticas públicas sobre la sexualidad” (p. 100).

Dando a entender, que este tipo de derechos, históricamente han sido limitados y cuestionados, sobre todo, a partir de los dogmas que la iglesia católica ha empleado para dirigirse en relación a los derechos sexuales y reproductivos.

La objeción de conciencia es una de las estrategias más politizadas por el activismo católico en Latinoamérica. Frente al incipiente reconocimiento de algunos derechos sexuales y reproductivos en la región, la apelación a la objeción de conciencia se convierte en una estrategia para restar legitimidad y eficacia a la normativa. Esta estrategia del activismo católico ha incluido un nuevo obstáculo

al complicar las políticas públicas necesarias para la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos cuando los mismos son reconocidos.

Arias (2019) indica que “el origen de los derechos sexuales y reproductivos se remonta a la década de 1960 del siglo recién pasado, cuando, unida a la preocupación de los países desarrollados por la pobreza y el explosivo crecimiento poblacional de los países pobres que ponía en peligro la estabilidad política regional y mundial” (Arias, 2019, p. 88), surge la idea de crear políticas que influyesen sobre el comportamiento reproductivo de las personas.

Sobre ello, es importante tomar en cuenta que el reconocimiento de este tipo de derechos es de reciente data. puesto que el debate jurídico propiamente dicho se da recién a partir de los años 60.

Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso.

Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

Juárez (2019) explica que “el principal freno a la aceptación de temas referidos a derechos sexuales y reproductivos viene de sectores religiosos que en nuestro país influyen a nivel político y social” (Juárez, 2019, p. 22).

El Estado peruano que, oficialmente, es un Estado laico, no lo es en la práctica y se confunde el respeto a creencias religiosas, que corresponden al derecho a la libertad de culto de cada persona, con políticas de salud pública que deben estar basadas en evidencias científicas.

Esta es una de las razones por las que quedan aún pendientes temas claves para la salud, que solo necesitan de voluntad política para ser atendidos, como son: reconocimiento de la diversidad sexual, aprobación del aborto en caso de violación, educación sexual integral y anticoncepción oral de emergencia en los servicios de salud.

Velarde (2019) opina que, aunque “la agenda de los derechos sexuales y reproductivos está en constante construcción y revisión crítica, ya que los contextos de su aplicación son variados, y las miradas y posiciones políticas que cohabitan en el interior de los movimientos son heterogéneas” (Velarde, 2019, p. 77), es posible dar cuenta de la existencia de algunos puntos que suelen ser centrales dentro de la misma.

Así, las demandas por la legalización del aborto, la incorporación de una educación sexual laica en las escuelas, el acceso a métodos anticonceptivos seguros, el derecho a la no discriminación por motivos de género o sexualidad, la configuración de políticas sexuales que no se funden sobre la base de la heterosexualidad obligatoria o la conyugalidad, entre otras, hacen parte de esta

búsqueda por el reconocimiento de los derechos asociados a la sexualidad y la reproducción.

En tal sentido, este tema de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, se debe plantear a partir de las diferencias que también existen a nivel de género, y que su puesta en agenda, cumple con los fines del Estado, de proteger los derechos sexuales de la mujer.

Salcedo (2019) también explica que “la sexualidad y la reproducción se han tornado en las últimas décadas campos de disputas entre sectores antagónicos” (Salcedo, 2019, p. 33). Esto ha generado una dinámica regional de avances y regresiones en la agenda de derechos sexuales y reproductivos, observándose hoy en día lugares que han avanzado en el reconocimiento de ciertos derechos, y retrocedido en otros.

De tal manera que la sexualidad, sobre la reproducción se debe señalar que, este tema deba ser entendido desde un enfoque constitucional, a fin de poder tutelarlos y protegerlos de forma precisa.

En este sentido, los avances y retrocesos que ha sufrido la dinámica de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en Chile deben comprenderse como un proceso radicalmente situado en un lugar y tiempo determinados.

Así, la idea es reflexionar acerca de la concatenación de factores sociales, económicos, políticos e institucionales en el país, que puede servir para explicar los roles políticos de la jerarquía de la Iglesia Católica y los gobiernos para reconocer estos derechos.

El reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el contexto internacional ha tenido un desarrollo lento durante casi medio siglo. La garantía de los derechos sexuales y reproductivos implica un mayor activismo a nivel legislativo, dado que la protección mediante acción de tutela tiene como límite, como en otros casos, en primer lugar, que los afectados no tengan conocimiento sobre sus derechos y la forma de acceder a ellos y, en segundo lugar, que los jueces de instancia no apliquen las reglas jurisprudenciales previstas.

Férrandez (2017) expone que “los derechos sexuales y reproductivos son relevantes porque representan un pilar para el ejercicio de la ciudadanía, pues a partir de estos derechos, las personas estarán en capacidad de tomar decisiones autónomas” (p. 45), en todas las áreas de su ser, incluidas la sexualidad y la reproducción.

Las posturas machistas y privilegios sociales que tiene el hombre afectan directamente en el ejercicio de los Derechos Sexuales y Reproductivos de las mujeres (en adelante DSR), más aún cuando estas lógicas fueron y siguen siendo reforzadas a nivel cultural, histórico y religioso.

La sexualidad, los derechos sexuales y derechos reproductivos han estado influenciados y afectan la sociedad, la economía, la política y la cultura, en este sentido el ejercicio de los DSR no ha sido nada fácil, ha implicado desafiar el horizonte cultural en América latina.

Las políticas regionales patriarcales y la religión católica han sido un verdadero obstáculo para reconocer en las personas los DSR. A pesar de estas tendencias, los movimientos feministas han venido gestando fuertes luchas y movimientos sociales que han llevado a que se le reconozca los DSR en los países

Latinoamericanos y se implementen políticas públicas orientadas a promover la inclusión, donde se perciba a la mujer como un sujeto social de derechos.

Somoza (2015) plantea que “los derechos sexuales y reproductivos formarían parte -al menos en teoría-, del proceso de especificación de los derechos humanos que tiene lugar en la segunda mitad del siglo xx (o proceso de concreción de sus sujetos y de sus contenidos, que es el sentido que le dan algunos autores)” (p.88).

No constituirían nuevos derechos en el ámbito de la reproducción ni tampoco derechos específicos de las mujeres, estos últimos una categoría de derechos muy discutida por sus ecos esencialistas. La doctrina, por su parte, ha hecho interpretaciones divergentes de lo dispuesto en los textos internacionales.

Algunas autoras han expresado que de ellos se deduce que los derechos sexuales y reproductivos incluyen el derecho a decidir tener o no tener hijos/as y a decidir el número de estos, y también que los conceptos de “salud sexual” y “salud reproductiva” son, en todo caso, más amplios que los de ‘anticoncepción’ y ‘planificación familiar’”.

Morán (2018) señala, que “la religión y la heterogeneidad constituyen dimensiones que revisten los sectores organizados en contra de los DDSSRR (derechos sexuales y reproductivos)” (p.21). En otras palabras, el llamado a movilizarse en torno a una agenda de “defensa de la vida” o de “defensa de la familia” estaría emergiendo en ciertos contextos como forma alternativa y complementaria a la tradicional apelación de la religión al momento de convocar a contra los DDSSRR.

De esta manera, deba señalarse que la religión si bien influye en el sistema normativo, esto debe contextualizarse, según las sociedades, ahora en pleno siglo XXI, esto ha cambiado de forma radical, hoy en día, ha existido un avance gradual para el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos.

2.2.3. Derecho a la identidad biológica

Este derecho se encuentra protegido por el artículo 2 de la Constitución Política vigente, pero se debería tener en cuenta que, cuando hablamos de técnicas de reproducción asistida mediante la maternidad subrogada la figura del derecho a la identidad biológica y origen resaltan como derechos inherentes al niño.

La Real Academia Española define la identidad como el “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracteriza frente a los demás, o la conciencia que tiene una persona de ser ella misma y distinta a las demás”. (Asociación de Academias de la Lengua Española, 2018, p. 39).

En ese orden de ideas, la tutela a la identidad biológica, ha recibido determinadas críticas ;por la cual, han generado los más diversos casos jurisprudenciales a nivel internacional, en las que se han planteado ciertos cuestionamientos para la tutela de dicho derecho, advirtiéndose también las consecuencias jurídicas de su reconocimiento.

De lo precisado podemos señalar que el derecho a la identidad implica el deber de reconocer y respetar a la persona tal como es, por ello Rubio (1996) considera que “el derecho a la identidad es aquel que protege a la persona en lo que constituye su propio reconocimiento: quién y cómo es. Comprende diversos aspectos de la persona que van desde los más estrictamente físico y biológico (su herencia genética, sus características corporales, etc.) hasta los de mayor desarrollo

espiritual (sus talentos, su ideología, su identidad cultural, sus valores, su honor, reputación etc.)” (Rubio, 1996, p. 127).

En tal sentido, la identidad debe ser entendida desde dos planos claramente determinados, tanto a nivel físico como también a nivel psicológico; los cuales son entendidos como la identidad estática y dinámica.

Comentado [S3]: Es una preposición y debe escribirse de la manera correcta (; LOS CUALES,). En TODO el documento.

Al respecto, Fernández (2018) sobre la identidad, indica que “se da como el resultado de tres procesos: biológico, psicológico y social, los cuales están en una interacción ininterrumpida que hace que cada proceso dependa de los otros. Se considera que la identidad se encuentra en permanente evolución y transición en función del momento del ciclo vital y se organiza sobre la base de una sucesión de construcciones que progresan desde el nacimiento hasta la muerte y que configuran su desarrollo” (p. 22).

Los derechos fundamentales que se encuentran regulados dentro de la Constitución Política son inherentes e irrenunciables para toda persona dentro del territorio peruano, aplicándose sin distinción alguna.

La protección de los derechos no distingue ni excluye a nadie, ya que la Constitución señala en su artículo 4° que el Estado protege al niño por tener una incapacidad absoluta hasta antes de los 16 años y según el artículo 43° del Código Civil, el niño es incapaz de poder hacer valer sus derechos por sí mismos. Por tanto, el Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo IX del Título Preliminar al interés superior del niño y lo describe como: 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.

Esto se reafirma mediante la Ley N° 30466, Ley que Establece Parámetro y Garantías para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, teniendo que esta ley ha establecido lo considerado en la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el Código de Niños y Adolescentes antes citado y lo ha regulado en el artículo 2° de la siguiente manera: 27 Artículo 2. El interés superior del niño es 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.

Con lo expresado se desea que el Estado, mediante los diferentes órganos tanto nacionales y locales, proteja al niño y garantice que de ninguna manera se vean afectados. En ese mismo orden de ideas, el ordenamiento legal señala en el artículo 6° del Código de Niños y Adolescentes: la protección del derecho a la identidad del niño como un derecho fundamental concordante con la Constitución Política vigente el mismo que señala: “El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos”.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal. En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

En tanto los derechos de la identidad biológica y origen del niño también se encuentran reconocidos dentro de la Constitución Política del Perú en su artículo 2° inciso 1° y 2°, los mismos que indican lo siguiente: “Toda persona tiene Derecho 1°. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica, física, a su libre desarrollo y bienestar”.

Verificando su connotación al ser considerado como derechos fundamentales contemplados dentro de la Constitución Política, el deber de la misma es velar y proteger estos derechos, teniendo presente que, la identidad biológica y origen se construyen dentro de la familia contribuyendo además el contexto social, cultural y político, por tanto, estos factores influyen en el desarrollo del niño, así como en su formación.

Es por ello que, según palabras de Botero (2019) “la identidad, es el núcleo esencial de la personalidad mediante el cual, los seres humanos aprenden progresivamente a establecer diferencias y a ejercer el control tanto respecto a sí mismos como del mundo. Da un sentido y una razón de ser a la vida y una perspectiva a los esfuerzos humanos” (Botero, 2019, p. 88).

Mediante ella, los individuos consiguen colocarse, por ejemplo, en una situación de pertenencia a una “raza”, en un lugar, un grupo étnico, una nacionalidad, un sexo o una cultura en particular.

Teniendo presente que el derecho a la identidad biológica y el origen son derechos inherentes a todo ser humano y más aún se desenvuelven de manera progresiva durante el desarrollo de una persona, se debe tener en cuenta que no se le puede restringir de ninguna manera.

Este derecho significa que la identidad, radica en la capacidad que alcanza una persona para lograr vínculos sociales, psicológicos y culturales, logrando conseguir contacto en redes de grupos tanto sociales, familiares y demás.

Del mismo modo, la confianza, es la capacidad que tiene cada persona para encontrar un espacio en el cual le permita identificarse, desarrollar su personalidad, el factor que le ayudará a desarrollar plenamente su persona, su identidad lo cual será el algo que, estará y afectará sus decisiones y camino a lo largo de su vida.

Álvarez (2016) considera que “el concepto de identidad no es un concepto estático sino dinámico que se encuentra en constante cambio y evolución, pues el derecho a la identidad determina no sólo la protección en un sentido restringido sino todo lo contrario, afecta a muchas características y dentro de ellas podemos encontrar a las biológicas, orgánicas, físicas, genéticas, etc.” (Álvarez, 2016, p. 23), ello además ayuda a diferenciar a cada persona ya sea por su raza, origen, religión, etc., otorgándole una característica personal y única que lo diferencia de los demás.

De esta forma, el derecho a la identidad debe ser valorado desde ambas dimensiones, y no sólo desde un plano elemental y básico, que es la identidad básica o biológica, sino más bien, a partir de criterios propios del derecho social de las personas, que es donde adquieren otro tipo de identidad, denominada identidad dinámica.

2.3. Marco conceptual

– Maternidad Subrogada:

“En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, ya que

normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima” (Scotti, 2012, p. 275)

– **Derecho Reproductivo:**

“Capacidad de reproducirse y la libertad de adoptar decisiones informadas, libres y responsables. También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductivo que permitan a las personas adoptar decisiones informadas, libres y responsables sobre su comportamiento reproductivo” (Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, 2019, p. 88).

– **Infertilidad.**

“Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas” (Organización Mundial de la Salud, 2019, p. 33).

– **Técnicas de reproducción asistida:**

“Las técnicas de reproducción asistida son procedimientos artificiales desarrollados con la finalidad de ayudar a las parejas a tener descendencia, las mismas que han significado la intromisión del ser humano en un proceso natural, para convertirlo en uno artificial” (Borda, 2019, p. 99)

– **Maternidad:**

“La maternidad tiene como definición al hecho jurídico relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones entre los descendientes y ascendientes. La maternidad ha sido entendida como un elemento

fundamental de la esencia femenina, lo cual ha provocado que se relacione la palabra mujer con el hecho de ser madre” (Varsi, 2019, p. 14).

– **Derecho a formar una familia:**

“El derecho a fundar una familia, constituye un derecho fundamental que el Estado debe preservar, a fin de tutelar que las personas puedan desarrollarse también en este ámbito social, propia de la socialización del ser humano” (Freire, 2019, p. 111)

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Enfoque metodológico y postura epistemológica jurídica

El enfoque metodológico ha sido el de carácter cualitativo. Según (Sierra, 2020), “este tipo de investigación se elige cuando se quiere comprender o explicar el comportamiento de un grupo objetivo, pero también si se buscan nuevas ideas o productos, o si simplemente se quiere probar algo” (p. 98).

En relación a la postura epistemológica jurídica, se considera a la postura iusnaturalista, que consiste en aquella, “el iusnaturalismo es una doctrina filosófica cuya teoría parte de la existencia de una serie de derechos que son propios e intrínsecos a la naturaleza humana. Esta doctrina apoya la idea de que existe una serie de derechos que son propios del ser humano, sin distinción alguna, y que son anteriores a los derechos humanos y los derechos naturales establecidos como parte de un orden social” (García, 2020, p. 44).

3.2. Método de investigación

La investigación utilizó como método de investigación, el método inductivo-deductivo.

(Sánchez, 2015) sobre el método inductivo refiere “que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (p. 53).

En tanto que para (Garret, 2016) en relación al método deductivo considera “que parte de un marco general de referencia hacia algo en particular. Este método se utiliza para inferir de lo general a lo específico, de lo universal a lo individual” (p. 86).

3.3. Diseño metodológico

El diseño de investigación que se empleó en la presente tesis es de carácter no experimental, porque las variables no se manipularon deliberada e intencionalmente. Asimismo, el diseño es de tipo transversal o transeccional, porque los datos de estudio han sido recolectados en un determinado momento.

3.3.1. Trayectoria del estudio

La trayectoria metodológica hace referencia al cómo se va a proceder desde que se instala la metodología hasta la explicación de manera sistemática de los datos, en otras palabras, se hace referencia a una explicación holística del cómo se va a realizar la tesis desde un enfoque metodológico.

3.3.2. Escenario de estudio

El escenario de estudio se ha realizado todo esto en el marco de expedientes, sobre el delito de colusión vinculados a la región Junín. En ese

contexto, se han abordado criterios para determinar las principales fundamentaciones jurídicas que se han determinado a nivel del análisis documental.

3.3.3. Caracterización de sujetos o fenómenos

En relación a este aspecto, se ha tomado en cuenta el análisis de documentos, para el caso, expedientes, y no se ha basado en encuestas o entrevistas a determinados sujetos particulares, por ello, se puede esgrimir que, el fenómeno de investigación planteado ha sido el análisis documental.

3.3.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

En la presente investigación se utilizó el análisis documental como técnica de recolección de datos:

(Hernández, 2017) refiere que dicha técnica de investigación “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (p. 34).

El instrumento de investigación empleado ha sido la *ficha de análisis bibliográfico*, que para Carrasco (2019), consiste en: “aquel documento que servirá para poder realizar el análisis de los documentos obrantes, siendo importante poder determinar la finalidad del estudio” (p. 74).

3.3.5. Tratamiento de la información

Se realizó un análisis descriptivo para el procesamiento de los datos interpretados a partir de la teoría recogida para la presente investigación, considerando las principales corrientes dogmáticas que sobre el caso se han elaborado, tomando en cuenta teorías y jurisprudencias.

En ese sentido, se han analizado los diferentes expedientes vinculados al delito de colusión, siendo importante haber analizado los principales fundamentos jurídicos de cada documento empleado.

3.3.6. Rigor científico

El rigor científico hace referencia a la seriedad del cómo se han obtenido los datos de una población de estudio y sobre todo si la divulgación de dichos datos vulnera el derecho a la intimidad; respecto a la presente investigación, es preciso indicar que no se está utilizando datos personales.

3.3.7. Consideraciones éticas

Para Valderrama (2020) los aspectos éticos de una investigación vienen a ser la “forma correcta de obtener la información, el trato adecuado de los sujetos a investigar, la confidencialidad, entre otros. Cualquier investigación que no respete aspectos éticos no podría ser considerada como una investigación pertinente” (p. 18).

Al respecto, se aplicarán los siguientes aspectos éticos de la investigación:

- Integridad científica:

La integridad científica “se refiere a la práctica correcta de los métodos de investigación, de modo que dicha práctica sea honesta, transparente, justa y responsable.” (Valderrama, 2020, p. 19). Ante ello, la

investigación versará bajo las fuentes de información debidamente consultadas y citadas de manera adecuada.

- Conflicto de Intereses:

Para Carruitero (2015) el conflicto de intereses “ocurre cuando el investigador puede ver influenciada la objetividad de los resultados debido a intereses económicos, comerciales o de otra índole sobre productos o servicios empleados o abordados en la investigación.” (p. 19). En la presente investigación se podrá denotar que no existe ningún tipo de conflicto de interés que pueda subjetivizar la investigación.

- Mala conducta científica:

La mala conducta científica “incluye acciones u omisiones para llevar a cabo una investigación distorsionando los resultados de forma deliberada” (Valderrama, 2020, p. 19).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

3.1. Descripción de los resultados

De acuerdo a los resultados obtenidos de la aplicación de la ficha de análisis bibliográfico, que constituyó el instrumento de investigación para haber interpretado las diferentes teorías de investigación vinculadas al tema, se puede sostener lo siguiente:

La maternidad subrogada, conocida también como gestación por sustitución o vientre de alquiler, puede definirse como el contrato por el que 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 –aportando 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. Tras el nacimiento, la parte comitente es quien se queda con el niño; de manera que, esta figura legalmente como hijo de la persona o pareja que lo encargó, renunciando la madre portadora a la filiación materna que le corresponde.

La maternidad subrogada, por tanto, alberga varias modalidades en su realización: i) la madre sustituta aporta solo la gestación (alquila su útero) para continuar con el embarazo de un embrión fecundado con material reproductor de la madre contratante y de su pareja (marido o conviviente). En este caso, la madre de alquiler es madre gestante, pero no biológica; ii) la madre de alquiler cede no solo su útero, sino también su óvulo, con lo que sería no solo madre gestante sino también genética o biológica del nacido; iii) la madre de alquiler cede solo su útero

y el óvulo proviene de donante anónima. Es decir, se presentan tres maternidades: gestante (de la madre de alquiler), biológica (de la donante) y por voluntad (de la madre contratante).

Todos estos supuestos reflejan que la maternidad por suposición conlleva algo impensado en la fecundación por cópula natural: la disociación de la maternidad. Además, al atribuirse siempre la maternidad jurídica a la madre contratante, quedando oculta la de la madre gestante, se deja de lado el principio *mater semper certa est* y el de verdad biológica, y con la única finalidad de satisfacer el deseo de los comitentes de tener un hijo a toda costa.

Por esta, y por otras razones de peso, la figura bajo análisis es ilegal en la mayoría de los países. Solo está regulado en Estados Unidos¹⁹ (y en algunos Estados como California), Rusia, Ucrania, Israel, India. En otros países, pese a estar prohibida, se practica; entre ellos destaca China. En Europa, solo Reino Unido y Grecia lo permiten, pero con ciertas restricciones: ser residente, ser familiar directo y sin ánimo de lucro.

En España, el contrato de alquiler de vientre no es posible porque la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (así como su predecesora, la Ley N.º 35/1988), ha mantenido a toda costa la determinación de la maternidad, por el hecho del parto en las técnicas de reproducción asistida, debido a la estrecha relación psicofísica de la gestante con el futuro descendiente durante los nueve meses de embarazo.

La Ley es tajante al prohibir la técnica de maternidad por subrogación, a título gratuito o a cambio de una prestación, calificando de nulo el contrato por la que se lleve a cabo (cfr. art. 10 incisos 1 y 2), disponiendo que la filiación que se origine

de ellos se determinará por el hecho del parto. Es decir, a favor de la madre que alquiló su vientre.

En el Derecho italiano, el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en cualquiera de sus modalidades, según resulta del artículo 12.6 de la Ley del 19 de febrero de 2004, de modo que, para efectos legales, la gestante será siempre considerada como madre. Asimismo, se entiende que ha incurrido en un delito, con pena de reclusión de tres meses a dos años y con una multa de 600 000 a un millón de euros, quien de cualquier modo realiza, organiza o publicita la subrogación de maternidad. Por otra parte, la legislación francesa en el artículo 16.7 del CC –redacción dada por la Ley N.º 1994-653, del 29 de julio de 1994– dispone que toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula, debiendo entenderse, por disposición de la misma norma, que tal nulidad es de orden público.

En Perú, el artículo 7 LGS sostiene que las técnicas de fecundación asistida se permiten siempre que la madre gestante y biológica coincidan. Algunos autores piensan que dicha disposición constituye una prohibición a la maternidad subrogada. No obstante, la citada norma no tiene un efecto de prohibición de dicha técnica, pues puede suceder que la madre genética y gestante coincidan en la subrogante. Incluso, la sentencia del 6 de enero de 2009, del 15º Juzgado de Familia de Lima, se decantó por la licitud de la técnica: “que al respecto la Ley General de Salud, Ley N° 26842 determina en su artículo 7: Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.

A que sin embargo, ¿cómo se determina la filiación si las condiciones de madre genética y madre gestante recaigan sobre diferentes personas?, situación fáctica que no está prohibida legalmente, pero tampoco está expresamente permitida, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 2 inciso 24 letra a) de la Constitución Política del Estado que regula el Principio de Reserva, en virtud del cual ‘nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe’; concluyó, considerando ‘lícita tal conducta’.

A mi parecer, la proscripción de la gestación por sustitución puede deducirse de la vigencia en el Perú del principio romano *mater semper certa est*: “madre es la mujer que ha dado a luz uno o más hijos” (considerando sexto de la sentencia del 6 de enero de 2009, del 15° Juzgado Especializado de Familia de Lima. Cfr., además, arts. 371 y 409 del CC y art. 7 del CNA).

3.2. Contrastación de las hipótesis

Contrastación de la hipótesis general:

“La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico se debe regular de manera expresa a fin de que puedan alcanzar la finalidad de tener hijos como parte de su proyecto de vida”.

Las técnicas de reproducción humana asistida son denominadas comúnmente como TERAS (técnicas de reproducción asistida). Han sido definidas como: todos los tratamientos o procedimientos médicos para el establecimiento de un embarazo, abarcando los procedimientos que incluyen manipulación de ovocitos y espermatozoides o de embriones humanos.

Entonces las TERAS tienen por finalidad lograr la fecundación de un óvulo con el espermatozoide y la implantación de este embrión en el útero de la mujer

(cualquiera) para su desarrollo hasta su nacimiento. Las técnicas de reproducción si bien son procedimientos médicos, no son utilizadas exclusivamente por las personas que padecen de infertilidad. Cualquier persona podría participar en las TERAS ya sea como donante o como contratante de las mismas.

La maternidad subrogada es comúnmente identificada con el término vientre en alquiler. La maternidad subrogada presenta variaciones dependiendo del aporte del material genético. En los procesos de maternidad subrogada intervienen más sujetos que los que intervendrían en una procreación natural. Por ello, se puede predecir el incremento de conflictos que podría generar que uno de estos sujetos decida no cumplir con lo que previamente se comprometió.

El derecho de autodeterminación reproductiva es un derecho implícito al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la salud. No son derechos absolutos porque al desprenderse del reconocimiento de la dignidad humana y del derecho general de la libertad, estos se vuelven intrínsecamente sus límites. Además, la autodeterminación reproductiva abarca tres decisiones: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.

La evolución presionada del derecho de la salud hasta el pseudo derecho al hijo, como justificación del uso de las TERAS en la sociedad, es dañino. Todas las personas merecen protección incluyendo: a los embriones, a las madres portadoras y hasta las personas infértiles. Si bien, cada persona tiene derecho a auto determinarse sexualmente. No podrán ejecutar dichas decisiones, si en su cumplimiento lesionan los derechos de otras personas.

Si bien las personas tienen la libertad de procrear no se puede lograr sin tener en cuenta los derechos del hijo. Y teniendo en cuenta que en la maternidad subrogada intervienen varias personas el Estado está obligado a tutelar la dignidad y los derechos de cada uno de ellos. Ninguno de los intervinientes en la maternidad subrogada puede quedar sometida a otra para que esta haga efectivo su derecho a procrear.

La determinación de la maternidad en la gestación subrogada actualmente presenta dos posiciones: la primera que privilegia el criterio biológico de la mujer que alumbró al hijo sobre las otras intenciones o participaciones de las mujeres en el proceso de maternidad subrogada. La segunda posición privilegia el criterio volitivo de la mujer que, incluso sin participar biológica o genéticamente del proceso de procreación, quiere ser reconocida como madre del hijo que otra alumbró.

La práctica de la maternidad subrogada involucra cuestiones derivadas de los derechos de las mujeres gestantes, de los derechos de los solicitantes y los derechos autónomos de los niños y niñas nacidas. Por ello, su ejercicio violenta derechos de terceros sin importar si se hacen o no con fines lucrativos. A la luz de la defensa de dichos derechos se debería prohibir su práctica.

Contrastación de la primera hipótesis específica:

“La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico, se debe regular estableciendo una modificatoria en la Ley General de Salud”.

Hemos visto, cómo la ciencia ha modificado lo natural del hombre, es decir, lo que por naturaleza le correspondía; hoy en día, por ejemplo, ya no

resulta totalmente indispensable que un niño sea concebido en el vientre de la madre, ni que la mujer de quien procede genéticamente sea necesariamente la que lo traiga al mundo⁴; el concepto más sencillo de explicar sobre la técnica descrita es que, se trata de una práctica por medio de la cual una mujer lleva en su vientre a un niño para luego entregársela a otra; sobre esta situación se genera una serie de controversias, humanas, éticas y jurídicas, cambiando la perspectiva de familia, filiación, maternidad y paternidad, como la situación que se nos presenta en la sentencia que analizamos.

El primer antecedente de gestación de esta naturaleza, se produjo en la sociedad de préstamos de úteros que se denominó *Surrogate Parenting Associates*, creada por Levine en Louisville - Kentucky, donde en 1980 se logró el primer programa coordinado de maternidad subrogada, en la que la madre subrogada era a su vez la donante de óvulos y se somete a la inseminación artificial con el esperma del hombre solicitante del programa, el primer embarazo fue un éxito y nació un niño sano, es así que la agencia logra renombre y comenzaron a formalizarse contratos en los que se elegía a una madre gestante la misma que se obligaba a ser inseminada, gestar y alumbrar al niño y luego entregarlo a quienes habían solicitado sus servicios.

Para que el sistema se encuentre revestido de legalidad, el niño era entregado al padre y luego la esposa de ese debía adoptarlo y solo se permitía cuando la mujer tuviera una incapacidad total para gestar. Después, de conseguir este embarazo exitoso, la técnica se hizo muy popular e instituciones similares comenzaron a aparecer en diferentes países europeos, todos ellos con la característica en particular de formalizarse a través de contratos y la posibilidad

de remunerar a la madre gestante, incluso en Londres no se permitía que la madre gestante tuviera algún contacto con aquellos que iban a recibir al niño.

Una característica esencial salta a la vista en todo su proceso histórico y de formalización de esta Teras, a pesar de los múltiples problemas sobre la paternidad y maternidad, la realidad biológica y el componente genético del niño nacido mediante esta técnica, la solución, al menos inicial, siempre se inclinaba por otorgar la plena paternidad al donante del material genético masculino, quien siempre será el padre, mientras que la maternidad se resolvía mediante un proceso judicial de adopción, de esa manera la filiación quedaba subsanada. Sin embargo, los problemas en torno a la vinculación genética del niño nacido mediante esta técnica es la que se pone de relieve en diversas controversias jurídicas.

Contrastación de la segunda hipótesis específica:

“La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico, se debe regular en concordancia con las disposiciones constitucionales sobre los derechos reproductivos”.

La Ley General de Salud vigente establece en su artículo siete que las técnicas de reproducción humana asistida están permitidas, pero, sin embargo, para que estas procedan tiene que existir identidad biológica entre la madre biológica y la madre gestante.

En casos como la gestación subrogada, la madre gestante (gestante subrogada) carece de identidad con la madre biológica. Sin embargo, esta figura se viene presentando en la realidad neonatal peruana en donde a pesar de la

proscripción (utilizando el argumento a contrario) de este tipo de procedimientos de sustitución de vientres, se venía presentando de una manera muy seguida, por lo que el derecho no puede dejar de regular situaciones jurídicas que se vienen presentando de manera común en nuestra realidad ni tampoco se debe sancionarlas punitivamente o prohibirlas pues lo que se desea con la gestación es tener descendencia ante la imposibilidad de procrear mediante métodos naturales. Sin embargo, considero que, la gestación subrogada debe tener una aplicación restrictiva pues cualquier mujer que no desee pasar los padecimientos naturales del embarazo y del parto no debería estar facultada para someterse a este procedimiento sino solamente aquellas mujeres que por razones físicas o psíquicas no pueden gestar en su vientre a su hijo y, por lo tanto, requieren que con espíritu altruista (o no) otra mujer le brinde su vientre para gestar el producto de la concepción.

Al no existir una legislación que prohíba o regule estas nuevas formas de reproducción asistida, muchas parejas extranjeras miran al país como un paraíso legal. Como el caso, de la pareja chilena que fueron detenidos por intentar sacar del país a un bebé recién nacido que había sido fecundado y gestado en una mujer peruana. Así como este caso, en nuestro país, hay muchos otros casos de vientres de alquiler que no tienen la misma publicidad pero que si suceden.

Ello está provocando que muchas mujeres jóvenes inexpertas alquilen su vientre e inclusive acepten pasar por procesos médicos como la inseminación artificial para cumplir con estos acuerdos a cambio de dinero, sin tomar en cuenta los temas legales y físicos que pueden sufrir. Asimismo, estas mujeres jóvenes al ser primerizas y no estar preparadas emocionalmente para entregar al hijo que gestaron como suyo en su vientre, no encuentran apoyo en la justicia

para quedarse con el hijo gestado y sufren al ser obligadas a cumplir con la entrega del hijo.

Esta ausencia de normativa ha favorecido el incremento de redes clandestinas que promocionan a mujeres peruanas como incubadoras humanas, que a cambio de elevados montos de dinero alquilan su vientre para la gestación del hijo de otros. No solo los implicados en este tipo de negocios clandestinos son personas sino, también centros médicos y clínicas de alto prestigio que se promocionan como las únicas en el mercado que te aseguran la obtención de un hijo. Este nuevo mercado negro que se desarrolla tras las cortinas de los centros médicos de fertilidad en nuestro país, puede incentivar la trata de mujeres para que sean comercializadas como incubadoras humanas.

Aunque pareciera normal el desarrollo de estas actividades comerciales, se está afectando los derechos de las personas en búsqueda de una prole. Algunos han llegado a afirmar que sus actuaciones se ajustan a su derecho de tener hijos, idealizando su derecho sobre el resto de derechos y sobre el derecho de las otras personas.

3.3. Discusión de Resultados

La maternidad subrogada en la actualidad se hace cada día más frecuente y cada vez más mujeres optan por prácticas de reproducción humana asistida, como el vientre de alquiler a fin de que puedan ser madres. No podemos negar la utilidad de esta técnica; sin embargo, el derecho, pese a estar encargado de regular las relaciones de las personas, no ha contemplado en su ordenamiento esta figura, demostrando que en temas médicos el derecho no está conforme al avance de la ciencia.

Como se ha advertido, en la Ley General de Salud (Ley 26842) podemos encontrar una disposición en la cual en su artículo 7 señala lo siguiente: “Todo ser humano tiene deber u obligación de tratar su infertilidad como a poder acudir a técnicas de reproducción asistida, para lograr la procreación siempre y cuando la madre biológica y gestante sean las mismas. Para realizar dicho procedimiento deberá haber el compromiso de manera escrita por la pareja que pretende someterse a dicha técnica”.

Como se puede ver en dicha norma menciona que, si se pueden hacer métodos de reproducción asistida, mas no la prohibición de la maternidad subrogada por lo cual habría un vacío en esta ley; lo que origina la existencia de una norma deficiente al no regular todas las situaciones que están comprendidas en los tratamientos de infertilidad, como es la maternidad subrogada.

Investigar sobre esta materia y su relación con la protección que se debe de dar al proyecto de vida de una mujer infértil, es original ya que es un tema novedoso, atractivo y que cada vez va teniendo más acogida entre la sociedad. Siendo, a su vez, verificable ya que otros ordenamientos como Brasil, Canadá, Escocia, Rusia, Suecia regulan la técnica de maternidad subrogada mediante contratos, por los cuales la pareja infértil paga a la gestante voluntaria una suma dineraria, que es utilizada para pagar los gastos básicos provenientes de la gestación.

Por otro lado, se ha visto distintas resoluciones de otras legislaciones a favor de la fecundación artificial, las cuales avalan la Maternidad Subrogada teniendo como sustento el derecho a la identidad de la mujer. Así, la predisposición en otras legislaciones según Varsi (2019) es “hacia la aprobación de la maternidad

subrogad, puesto que, demasiadas legislaciones están reglamentando esta materia para dar solución a una técnica que cada día es más usual y consiguientemente, la cantidad de Estados que norman la maternidad subrogada está en constante crecimiento” (p. 122), dicha tendencia fue acogida por nuestros legisladores en octubre del año 2013, a través del Proyecto de Ley 2839/2013-CR el cual tuvo como objetivo incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista. Sin embargo, este intento de regulación no prosperó dejando en total desamparo a las mujeres a las que no se le aprueba el acceso a la gestación subrogada.

En el Perú no existe normativa jurídica explícita que permita la maternidad subrogada. Pero la ley General del sector salud, en su artículo séptimo establece una prohibición tácita mas no expresa respecto de esta práctica, precisando que, todas las personas con padecimientos de infertilidad tienen derecho a recurrir a un tratamiento, así como a procrear con procedimientos ambulatorios, por lo que, para la ejecución de estos últimos, se requerirá un compromiso de manera escrita de la pareja que se someta a la mencionada técnica.

Jiménez (2020) indica que, en materia filial, “el Código Civil Peruano se encuentra desfasado puesto que este tiene una concepción clásica romanista donde nos indica que la madre siempre será conocida por lo cual, la cual la mujer que gesta es la madre de la criatura que alumbró” (p. 119).

Como hemos visto a lo largo de nuestra investigación, toda mujer también tiene el derecho a un proyecto de vida, dentro del cual se encuentra, a su vez, el derecho a ser madre, el mismo que no hace distinción si la mujer es infértil o no; por lo que, la mejor alternativa de las mujeres infértiles para viabilizar su derecho

a ser madre sería la utilización de la técnica de reproducción asistida por sustitución, maternidad subrogada.

Dicho esto, en el Perú encontramos una laguna legal respecto a la regulación de la maternidad subrogada puesto que la falta de esta impide su control y dificulta la resolución de conflictos derivados de esta práctica. Consideramos que es necesario y relevante tomar medidas que se alineen a la realidad que vivimos y al avance tecnológico constante, por lo que la regulación de la maternidad subrogada es un tema jurídico que no puede seguir dejado de lado, ya que de lo contrario estaríamos menoscabando los derechos de la mujer infértil.

Existe la necesidad de regular a fin de que las parejas casadas que no tengan la posibilidad de procrear hijos puedan tenerlo a través de esta técnica asistida, siendo la maternidad subrogada una alternativa idónea para que las parejas (estériles o infértiles) puedan acceder al derecho de la procreación familiar, materializando este derecho a través de la técnica asistida, cumpliendo debidamente las exigencias legales.

La base constitucional del derecho a la procreación humana está prevista en el artículo 6 donde señala: “(...) difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”, Tenemos que hacer énfasis en el término: promover la paternidad o maternidad”; que pasa si una pareja no puede concebir o procrear hijos, en ese caso la finalidad de este precepto constitucional se vería frustrado, sin embargo, desde nuestra perspectiva, el camino viable para materializar este derecho es a través de la maternidad subrogada y para ello necesitamos regularla, para que este derecho esté al alcance de todos los ciudadanos peruanos y peruanas.

En el Perú, analizando minuciosamente la legislación correspondiente, advertimos que la práctica de la maternidad subrogada no estaría prohibido, no existe prohibición taxativa, ello nos invita a mencionar el principio: “Todo lo que no está prohibido por la norma está permitido hacer”, esto es verdad, sin embargo, hacer ese tipo de interpretaciones de un tópico tan delicado, seria riesgoso y peligroso, es así que, para poner fin a la incertidumbre jurídica y llenar este vacío legal, se propone la propuesta de Ley, incorporación de la maternidad subrogada a la legislación interna.

La Ley General de Salud es la única regulación legislativa en el ordenamiento jurídico peruano que hace referencia a las técnicas de reproducción asistida, sin embargo, esta norma únicamente hace referencia al tratamiento para concebir un hijo, mas no a la maternidad subrogada, que es un asunto diferente

3.4. Propuesta de mejora

Se sugiere aprobar una Ley que regule la maternidad subrogada modificando en lo pertinente el artículo 7 de la Ley General de Salud, la cual contemple las modificaciones, cláusulas y condiciones adecuadas para su realización y también se prevea las situaciones venideras. Consideramos que el mencionado artículo puede complementarse con el siguiente contenido legislativo:

“Artículo 7.- La maternidad subrogada se realizará con el aporte genético (material genético femenino y/o con el gameto masculino para su concepción) al menos de uno de los padres que recurre a este procedimiento, a fin de que la mujer que voluntariamente gestará en su vientre al embrión, no se considerará automáticamente como progenitora. En el caso de que ambos padres sean infértiles podrán recurrir a donantes voluntarios para el aporte de material genético, conforme lo permitan las técnicas de reproducción humana asistidas.”

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado, a partir del análisis dogmático realizado, que sí es necesario modificar el Artículo 7° de la Ley 26842, Ley General de Salud, que en la actualidad establece “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos”, e incluir en su contenido una regulación en torno a la figura de la maternidad o gestación subrogada incluyendo a las Técnicas de Reproducción Asistida, cuando la madre gestante y la madre genética no recaigan en la misma persona y de esa manera no se vulnere el derecho a la reproducción de todo ser humano.
2. Se ha determinado que sí se afecta el derecho a la salud reproductiva asistida en la actual regulación prevista en el Artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud, ya que no se permite expresamente el reconocimiento de la maternidad subrogada, según lo expuesto a partir del análisis documental realizado. De esta manera, es importante que se legisle de forma adecuada y apropiada en relación a la materia toda vez que existe un vacío normativo, que genera una vulneración del derecho a la reproducción, contemplado como un derecho de naturaleza constitucional, que debe apropiadamente tutelado.
3. Se ha determinado que sí se afecta el derecho a formar una familia en la actual regulación prevista en el Artículo 7° de la Ley 26842 Ley General de Salud, ya que

no al no reconocerse la maternidad subrogada, no se posibilidad el hecho de poder fijar un contrato de maternidad subrogada, aspecto que debería cambiarse a fin de tutelar este derecho fundamental.

RECOMENDACIONES

1. Se sugiere que los jueces competentes en la materia adopten decisiones más encausadas en maximizar las garantías de protección del concebido bajo la modalidad del vientre de alquiler.
2. Se sugiere capacitar constantemente a los jueces especializados con profesionales expertos en el ámbito jurídico familiar, así como en el campo de la salud reproductiva, para que tengan conocimiento de los procesos y medidas para la aplicación de la maternidad subrogada. De esta forma, se debe capacitar a los operadores jurídicos, a fin que en casos en los que se tengan que analizar derechos fundamentales vinculados a las técnicas de reproducción asistida, pueda tutelarse de forma efectiva derechos como la identidad, la reproducción, entre otros.
3. Se debe concientizar a futuros investigadores a seguir de cerca el avance científico del vientre de alquiler, para establecer límites y responsabilidades debido a que es necesario resguardar el orden jurídico social y crear pautas para una convivencia armónica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Antonio, A. (2012). El contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad? Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado de Chile.
- Arias, F. (2019). Consideraciones dogmáticas sobre el sistema civil peruano. Bogotá: Editorial Mérida.
- Arnao, G. (2007). Fuentes del derecho civil y del derecho de familia. Santiago de Chile: Editorial Montolivo.
- Barral, F. (2020). La maternidad subrogada y el derecho a la identidad biológica. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bejarano, A. (2002). Elementos del derecho a la identidad en el sistema jurídico uruguayo. Montevideo: Scielo
- Bittar, T. (2020). El derecho a la identidad en el derecho moderno. Barcelona: Editorial Ariel
- Borda, G. (2019). Elementos del derecho civil. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal.
- Cataldo, A. (2009). La identidad como derecho fundamental en la Constitución Política colombiana. Bogotá: Themis.
- Cifuentes, F. (2019). Técnicas de reproducción asistida. Sistemas normativos. Santiago de Chile: Editorial Pratt.
- Dolorier, F. (2008). Derechos Humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional que consagran el derecho a investigar la propia filiación. Lima: Editorial Grijley
- Espinoza, J. (2019). Tratado de Derecho de Personas. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

- Eyzaguirre, A. (2014). *Derechos de la Fecundación en Alquiler de vientre de la gestante y sus problemas de filiación dentro de la legislación boliviana*. Caracas: Universidad Mayor de San Andrés.
- Fernández, L. (2018). *La afectación del derecho de identidad de los nacidos bajo la ejecución del procedimiento de ovodonación*. Buenos Aires: UBA.
- Freire, R. (2019). *El ADN pone en jaque la inmutabilidad de la cosa juzgada*. Lima: Universidad de Lima.
- Fuenzalida, F. (2018). *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson.
- García F. y Montero A. (2019). *Consecuencias jurídicas en torno a la fecundación asistida*. Madrid: Editorial Complutense.
- Garrido, F. (2019). *El Derecho a la Identidad vs. El Derecho a la Verdad Biológica*. Lima: Editorial Motivensa.
- Guzmán, R. (2001). *La filiación biológica y el artículo 402 del Código Civil*. Lima: Universidad de Lima.
- Hernández, L. (2018). *Los efectos jurídicos de la maternidad subrogada y el derecho procreacional de las personas, en Lima, 2017-2018*. Lima: Universidad Autónoma del Perú
- Jiménez, D. (2010). *Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú*. Lima: In crescendo.
- Kerlinger, U. (2009). *Metodología de investigación jurídica*. Caracas: Editorial Prado.
- Kritchevsky, M. (1984). *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación "in vitro"*. México D.F.: Editorial Ediar.
- Martínez, I. (2007). *La Evidencia Biológica y la presunción de paternidad matrimonial*. Madrid: Ediciones Complutense.

- Rospigliosi, O. (2013). Negación de la paternidad en la inseminación artificial. Santiago de Chile: Editorial Pratt.
- Rubio, M. (1996). Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante. Salamanca: Universidad de Salamanca
- Salcedo, K. (2019). El derecho a la identidad y el registro nacional de cedentes de gametos y embriones. Lima: Editorial San Marcos.
- Scotti, F. (2012). La calificación de las técnicas de reproducción humana asistida como negocios jurídicos atípicos. Barcelona: Editorial Ariel
- Somoza, K. (2015). El derecho del niño a conocer a sus padres y las limitaciones a los derechos fundamentales del presunto progenitor en la investigación de la filiación. Montevideo: Editorial ITTE.
- Valderrama, S. (2015). Pasos para elaborar un proyecto de investigación. Lima: Editorial San Marcos.
- Varsi, E. (2019). Técnicas de Reproducción Asistida y Filiación. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. Velarde, P. (2019). El Derecho a la Identidad del hijo concebido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Buenos Aires: UBA.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: Maternidad subrogada y la tutela del derecho a procrear, en la legislación civil peruana.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	SUPUESTOS	CATEGORÍAS	SUBCATEGORÍAS	METODOLOGÍA
<p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir, en el ordenamiento jurídico?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>¿Cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-Establecer cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del</p>	<p>GENERAL:</p> <p>La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a concebir en el ordenamiento jurídico se debe regular de manera expresa a fin de que puedan alcanzar la finalidad de tener hijos como parte de su proyecto de vida.</p> <p>ESPECÍFICAS:</p>	<p>CATEGORÍA UNO:</p> <p>Maternidad subrogada.</p>	<p>-Método de reproducción asistida.</p> <p>-Transferencia de embriones con un niño que no es biológicamente suyo.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Inducción y deducción.</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Investigación jurídica dogmática.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN:</p>

<p>derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico?</p> <p>-¿Cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico?</p>	<p>derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico.</p> <p>-Establecer cómo se debe regular la maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico.</p>	<p>-La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a formar una familia, en el ordenamiento jurídico, se debe regular estableciendo una modificatoria en la Ley General de Salud.</p> <p>-La maternidad subrogada para la tutela jurídica del derecho a la autorrealización de la madre, en el ordenamiento jurídico, se debe regular en concordancia con las disposiciones</p>	<p>CATEGORÍA</p> <p>DOS:</p> <p>Derecho a concebir.</p>	<p>-Derecho a formar una familia.</p> <p>-Derecho a la autorrealización de la madre.</p>	<p>Diseño no experimental.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p> <p>Análisis documental y entrevista.</p> <p>INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN</p> <p>Ficha de análisis bibliográfico.</p>
---	---	--	---	--	--

		constitucionales sobre los derechos reproductivos.			
--	--	--	--	--	--

MATRIZ OPERACIONAL DE CATEGORÍAS

TIPO DE CATEGORÍA	CATEGORÍAS	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	SUBCATEGORÍAS	ESCALA	INSTRUMENTO
CATEGORÍA UNO.	Maternidad subrogada	(Silva, 2016) mencionó que “la maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos madres de alquiler y vientres de alquiler para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso” (p. 90)	-Método de reproducción asistida. -Transferencia de embriones con un niño que no es biológicamente suyo.	Nominal.	Ficha de análisis bibliográfico .
CATEGORÍA DOS.	Derecho a concebir.	“El derecho a la reproducción humana es de la tercera generación y aparece consagrado en el artículo 74 de la Constitución que en su párrafo	-Derecho a formar una familia -Derecho a la	Nominal.	Ficha de análisis

		1 expresa: El Estado otorga especial protección al proceso de reproducción humana. (Rodríguez, 2016, p. 89).	autorrealización de la madre		bibliográfico
--	--	--	------------------------------	--	---------------

INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

TEXTO INTERPRETADO	FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS	FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS	ELEMENTOS -Método de reproducción asistida.
---------------------------	-------------------------------	-------------------------------	---

	RELEVANTES SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA	RELEVANTES SOBRE EL DERECHO A CONCEBIR.	-Transferencia de embriones con un niño que no es biológicamente suyo -Derecho a formar una familia -Derecho a la autorrealización de la madre

FICHA DE VALIDACIÓN DEL INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN

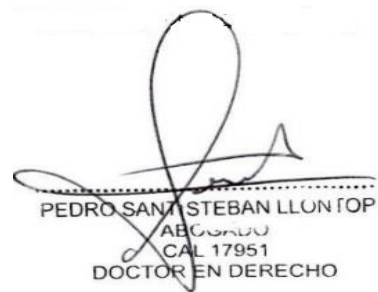
I. DATOS GENERALES

- I.1. Título de la investigación: “MATERNIDAD SUBROGADA Y LA TUTELA DEL DERECHO A PROCREAR, EN LA LEGISLACIÓN CIVIL PERUANA”.
- I.2. Nombre del instrumento: FICHA DE ANÁLISIS BIBLIOGRÁFICO.
- I.3. Nombre del validador: PEDRO SANTISTEBAN LLONTOP.
- I.4. Grado académico del validador: DOCTOR EN DERECHO.

7. CONSISTENCIA	Basado en aspectos teóricos, científicos y guardan relación con el problema.																				X
8.COHERENCIA	Las preguntas del instrumento responden a los indicadores.																				X
9. METODOLOGIA	Las estrategias responden al propósito de la investigación.																				X
10. EFICACIA	Las preguntas son pertinentes y adecuadas para el propósito de la investigación.																				X

OPINION DE APLICABILIDAD: a) Deficiente b) Baja c) Regular d) Buena **e) Muy buena**

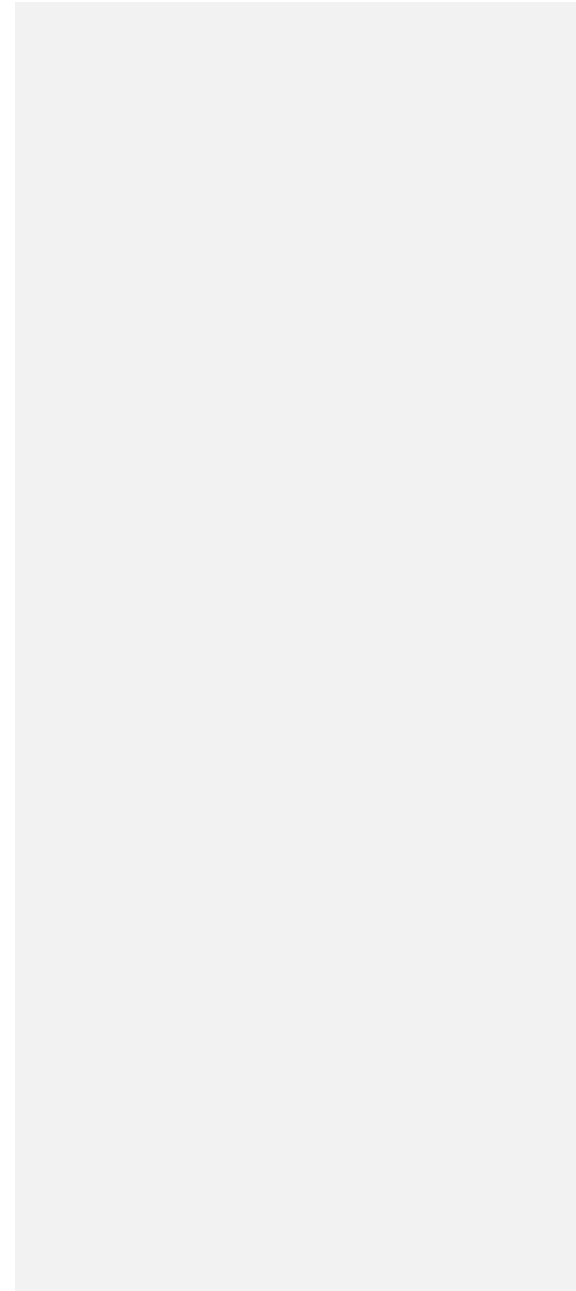
PROMEDIO DE VALORACIÓN: 100



PEDRO SANT STEBAN LLUN TOP
ABOGADO
CAL 17951
DOCTOR EN DERECHO

FIRMA DEL VALIDADOR

Huancayo, 30 de diciembre de 2022



6. INTENCIONALIDAD	El instrumento responde a los objetivos e hipótesis de la investigación.																		X
7. CONSISTENCIA	Basado en aspectos teóricos, científicos y guardan relación con el problema.																		X
8.COHERENCIA	Las preguntas del instrumento responden a los indicadores.																		X
9. METODOLOGIA	Las estrategias responden al propósito de la investigación.																		X
10. EFICACIA	Las preguntas son pertinentes y adecuadas para el propósito de la investigación.																		X

OPINION DE APLICABILIDAD: a) Deficiente b) Baja c) Regular d) Buena **e) Muv buena**

PROMEDIO DE VALORACIÓN: 100


Mg. Juana Gisela López Dávila

