



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO
TESIS
DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS
DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA
JURISPRUDENCIA PERUANA

Autores:

Garcia Esquives Miguel Angel

Torres Cabrera Deysi Del Pilar

Asesor Metodológico

Abog. Samillan Carrasco José Luis

Asesor Especialista

Dr. Carmona Brenis Marco Antonio

Línea de investigación:

Derecho Civil/Derecho de Familia.

Pimentel – Perú
2018

**DETERMINACION LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD
SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA**

Presentado por:

García Esquivés Miguel Ángel

Autor

Torres Cabrera Deysi del Pilar

Autor

Asesores:

Abg. SAMILLAN CARRASCO JOSE LUIS

Asesor Metodólogo

Dr. CARMONA BRENIS MARCO ANTONIO

Asesor Especialista

Miembros del Jurado Examinador:

Aprobada por:

Mg. Cabrejos Mejía Jorge Abel

Presidente del Jurado de Tesis

Mg. Vílchez Castro Jorge Napoleón

Secretario del Jurado de Tesis

Mg. Pérez Burga Fátima del Carmen

Vocal del Jurado de Tesis

I. INFORMACIÓN GENERAL

1.1. Título del informe final:

Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana

1.2. Línea de investigación:

Derecho Civil/Derecho de Familia.

1.3. Autores:

Garcia Esquives Miguel Angel
Torres Cabrera Deysi Del Pilar

1.4. Asesor metodólogo:

Abog. Samillan Carrasco José Luis

1.5. Asesor especialista:

Dr. Carmona Brenis Marco Antonio

1.6. Tipo y diseño de investigación:

Investigación teórica, pura o básica. Y Se utilizó el diseño causal- explicativo

1.7. Facultad y Escuela Académico Profesional:

Facultad de Derecho/Escuela de Derecho

1.8. Período: 2016 - I

1.9. Fecha de inicio y término del informe final: 28 de Marzo – 15 de Julio 2016

1.10. Presentado por:

Garcia Esquives Miguel Angel

Torres Cabrera Deysi Del Pilar

1.11. Aprobado:

Dr. Carmona Brenis Marco Antonio

Abog. Samillan Carrasco
José Luis

ASESOR ESPECIALISTA

ASESOR MEDOTODOLOGICO

1.12. Fecha de presentación: Julio 2016

DEDICATORIA

Dedicamos este trabajo a Dios por la vida, salud, energía y fuerzas que nos brinda cada día, para seguir adelante a pesar de todos los contratiempos que aparecen en el trayecto de nuestras vidas.

Miguel García Esquivés

Dedicamos esta misión a nuestros padres que nos han brindado la posibilidad de formarnos y así poder salir adelante.

Deysi Torres Cabrera

AGREDECIMIENTO

Agradecemos a nuestros padres por el apoyo incondicional que nos brinda y por todo su amor y comprensión que nos dan cada día.

Miguel Garcia Esquivas

Agradecer a nuestros maestros por concedernos sus saberes y la práctica indispensable para nuestro aprendizaje universitario. Y de esa manera ser mejores competentes.

Deysi Torres Cabrera

RESUMEN

El tema de la subrogación es muy complejo debido a que implica y comprende una gran variedad de elementos e involucra a muchas personas en el proceso. En primer lugar, se encuentra la pareja o la persona comitente que desea tener un hijo, que por algún motivo no puede gestar al bebé y desea que alguien más lleve a término el embarazo. En este caso se habla de padres intencionales. En segundo lugar, se ubica a la mujer que está dispuesta a prestar su útero para llevar a cabo el embarazo, ya sea por motivos altruistas o a cambio de una compensación económica. En tercer lugar, está el contrato de subrogación mediante el cual los padres intencionales y la gestante estipulan la causa, el objeto y la forma de cumplir con el acuerdo.

Habitualmente no existe vínculo biológico entre el bebé y la gestante sustituta. En este caso, se habla comúnmente de subrogación gestacional, en contraposición a la subrogación tradicional. Por otro lado, en el caso de la subrogación tradicional, lo habitual es realizar una inseminación artificial con espermatozoides de uno de los padres intencionales o con el de un donante. Es ahí donde surge la interrogante ¿A Quién de ellas debe considerársele madre? En el pasado, únicamente existía la figura de la adopción, la cual brindaba a los padres que sufrían de algún tipo de esterilidad o infertilidad, la posibilidad que tomen como su hijo a un niño o niña y así compensar dichas falencias mutuas y coadyuvar con la formación de una familia. En la actualidad la maternidad subrogada y desde hace algunos años, y es pues que ha establecido una praxis común en varios países, praxis basada en que una mujer incuba el bebé de otra, entregándole al momento del nacimiento.

Palabras claves:

Reproducción asistida, inseminación Artificial, la Fecundación In Vitro, Maternidad subrogada. Autonomía de la voluntad, libertad.

ABSTRACT

The issue of surrogacy is very complex because it involves and includes a variety of elements and involves many people in the process. First, it is the principal partner or the person you want to have a child, who for some reason can not gestate a baby and want someone else to carry the pregnancy to term. In this case we speak of intentional parents. Secondly, it places the woman who is willing to lend her womb to carry the pregnancy, either for altruistic reasons or in exchange for financial compensation. Thirdly, there is the surrogacy contract by which parents and pregnant intentional stipulate the cause, object and how to comply with the agreement.

Usually there is no biological link between the baby and the pregnant surrogate. In this case, it is commonly spoken of surrogacy, as opposed to traditional subrogation. Furthermore, in the case of traditional subrogation is performing usual artificial insemination with sperm from one of the intentional or the donor parent. This is where the question Who in them must be considered arises mother? In the past, there was only the figure of adoption, which provided parents suffering from some form of infertility or infertility, the possibility to take your child as a child to compensate for these shortcomings and assist each other with family formation. Today surrogacy and for some years, and it has been a common practice in several countries, practice of a woman's baby geste another, giving at birth.

INDICE

| | |
|---|------------|
| INFORMACIÓN GENERAL..... | iii |
| DEDICATORIA..... | iv |
| AGREDECIMIENTO..... | v |
| RESUMEN..... | vi |
| ABSTRACT..... | vii |
| I. PALNTEAMIENTO METODOLOGICO..... | 15 |
| 1.1. EL PROBLEMA..... | 15 |
| 1.1.1. Selección del problema..... | 15 |
| 1.1.2. Antecedentes del problema | 15 |
| 1.1.2.1. A nivel mundial..... | 16 |
| 1.1.2.2. A nivel Nacional..... | 17 |
| 1.1.2.3. A nivel Regional..... | 19 |
| 1.1.3. Jurisprudencia..... | 21 |
| 1.1.4. Formulación del problema | 22 |
| 1.1.5. Justificación de la Investigación | 23 |
| 1.1.6. Limitaciones y restricciones de la Investigación | 24 |
| 1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN..... | 24 |
| 1.2.1. Objetivo General..... | 24 |
| 1.2.2. Objetivos Específicos | 25 |
| 1.3. HIPOTESIS..... | 25 |
| 1.3.1. Hipótesis Global | 25 |
| 1.3.2. Sub Hipótesis..... | 26 |
| 1.4. VARIABLE..... | 27 |
| 1.4.1. Identificación de las Variables..... | 27 |
| 1.4.2. Definición de Variables | 27 |
| 1.5. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN..... | 31 |
| 1.5.1. Tipo de Investigación | 31 |
| 1.5.2. Diseño de la Investigación..... | 31 |
| 1.6. UNIVERSO Y MUESTRA..... | 31 |
| 1.6.1. Muestra | 32 |
| 1.7. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE DATOS..... | 33 |
| 1.7.1. METODOS..... | 33 |
| 1.7.1. Técnicas e instrumentos..... | 33 |

| | | |
|------------|--|----|
| 1.7.1.1. | La encuesta..... | 33 |
| 1.7.1.2. | Análisis Documental..... | 33 |
| 1.7.1.3. | El fichaje..... | 34 |
| 1.8. | TRATAMIENTO DE DATOS..... | 34 |
| 1.9. | FORMA DE ANÁLISIS DE LAS INFORMACIONES..... | 35 |
| II. | EL MARCO REFERENCIAL..... | 37 |
| 2.1. | PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS..... | 37 |
| 2.1.1. | La Bioética..... | 37 |
| 2.1.1.1. | Principios Bioéticos..... | 37 |
| 2.1.1.1.1. | Principio de respeto de la dignidad humana..... | 37 |
| 2.1.1.1.2. | Principio de primacía del ser humano y defensa de la vida..... | 38 |
| 2.1.1.1.3. | Principio de autonomía y responsabilidad personal..... | 38 |
| 2.1.1.1.4. | Principio de totalidad o principio terapéutico..... | 38 |
| 2.1.1.1.5. | Principio de Igualdad y Equidad..... | 38 |
| 2.1.2. | El genoma humano..... | 39 |
| 2.1.2.1. | Reseña histórica básica..... | 39 |
| 2.1.2.2. | El proyecto genoma humano..... | 39 |
| 2.1.2.3. | Privacidad, reserva y protección del genoma humano..... | 40 |
| 2.1.3. | La respuesta de la jurisprudencia norteamericana..... | 40 |
| 2.1.4. | Derechos de la persona..... | 45 |
| 2.1.4.1. | El Derecho a la vida..... | 45 |
| 2.1.4.2. | El derecho a la integridad..... | 46 |
| 2.1.4.3. | El derecho a la libre disposición del propio cuerpo..... | 46 |
| 2.1.4.4. | El derecho a la dignidad..... | 47 |
| 2.1.4.5. | El derecho a la identidad..... | 47 |
| 2.1.4.5.1. | El derecho a la identidad personal..... | 47 |
| 2.1.4.5.2. | El derecho a la identidad sexual..... | 48 |
| 2.1.4.5.3. | El derecho a la identidad genética..... | 48 |
| 2.1.4.6. | El derecho a la libertad..... | 48 |
| 2.1.4.7. | El derecho a la igualdad..... | 48 |
| 2.1.4.8. | El derecho a procrear..... | 48 |
| 2.1.4.9. | El derecho a la salud..... | 49 |
| 2.1.4.10. | El derecho a la intimidad..... | 49 |
| 2.1.4.11. | El derecho a la imagen..... | 50 |
| 2.1.5. | Derechos reproductivos..... | 50 |

| | | |
|----------------|--|----|
| 2.1.6. | Derecho del menor..... | 50 |
| 2.1.7. | Breve reseña histórica de las técnicas de fertilización asistida..... | 51 |
| 2.1.8. | La procreación y la esterilidad en seres humanos..... | 52 |
| 2.1.9. | Las técnicas de Reproducción Humana Asistida..... | 53 |
| 2.1.9.1. | La inseminación Artificial..... | 55 |
| 2.1.9.1.1. | Naturaleza Jurídica..... | 56 |
| 2.1.9.2. | La fecundación in vitro (FIV)..... | 56 |
| 2.1.9.2.1. | Fundamento de la inseminación..... | 58 |
| 2.1.9.2.1.1. | Científica..... | 59 |
| 2.1.9.2.1.2. | Religiosa..... | 59 |
| 2.1.9.2.1.3. | Legal..... | 59 |
| 2.1.9.2.1.3.1. | Inseminación Homóloga (Inseminación artificial conyugal)..... | 59 |
| 2.1.9.2.1.3.2. | Inseminación Heteróloga..... | 60 |
| 2.1.9.2.1.3.3. | Inseminación de la mujer soltera..... | 60 |
| 2.1.9.2.1.3.4. | Inseminación post mortem..... | 60 |
| 2.1.9.2.1.4. | Consecuencias Jurídicas..... | 61 |
| 2.1.9.2.2. | La donación de gametos y embriones en el procedimiento de fecundación invitro..... | 61 |
| 2.1.9.2.2.1. | Donación de embriones gametos..... | 61 |
| 2.1.9.2.2.2. | Ovodonación..... | 62 |
| 2.1.9.2.2.3. | FIV con gametos propios..... | 62 |
| 2.1.9.2.2.4. | FIV con gametos donados..... | 62 |
| 2.1.9.2.2.4.1. | Semen de donante..... | 62 |
| 2.1.9.2.2.4.2. | Ovocito de donante..... | 63 |
| 2.1.9.2.2.4.3. | Ovocito y semene de donantes:..... | 63 |
| 2.1.10. | La reproducción Humana y la Autonomía de la Voluntad..... | 63 |
| 2.1.11. | Nuevas formas y concepto de paternidad y maternidad..... | 65 |
| 2.1.11.1. | Interconyugal..... | 65 |
| 2.1.11.2. | Supraconyugal..... | 66 |
| 2.1.11.3. | Del acto de la cesión..... | 66 |
| 2.1.11.3.1. | Cesión del material genético del hombre..... | 66 |
| 2.1.11.3.2. | Cesión del material genético de la mujer..... | 66 |
| 2.1.11.4. | Clases o grados de paternidad..... | 68 |
| 2.1.11.4.1. | Paternidad plena:..... | 68 |
| 2.1.11.4.2. | Paternidad Referencial:..... | 68 |

| | | |
|---------------|---|----|
| 2.1.11.4.3. | Paternidad social: | 68 |
| 2.1.11.4.4. | Padre excluido: | 68 |
| 2.1.11.5. | Hacia una Maternidad Voluntaria | 69 |
| 2.1.12. | Maternidad subrogada | 69 |
| 2.1.12.1. | Derecho a la procreación | 70 |
| 2.1.12.2. | Contenidos y aspectos de la libertad de procrear | 71 |
| 2.1.12.3. | Fundamentos de la libertad de procrear. | 72 |
| 2.1.12.3.1. | El right to reproduce en el Derecho norteamericano | 72 |
| 2.1.12.3.2. | El derecho a procrear en el ordenamiento español | 73 |
| 2.1.12.3.2.1. | El derecho a procrear como derecho a la salud | 73 |
| 2.1.12.3.2.2. | El derecho a procrear como derecho a la libertad o derecho a la autodeterminación personal | 74 |
| 2.1.12.3.2.3. | El derecho a procrear como derecho a fundar una familia | 74 |
| 2.1.12.3.2.4. | El derecho a procrear según la Ley de técnicas de reproducción asistida | 75 |
| 2.1.12.4. | Titulares de la libertad de procrear | 76 |
| 2.1.12.5. | Límites de la libertad de procrear. | 76 |
| 2.1.13. | El derecho y su relación con las técnicas de reproducción humana asistida | 77 |
| 2.1.13.1. | Situación ética jurídica | 77 |
| 2.1.13.1.1. | Finalidad del derecho | 78 |
| 2.1.13.1.2. | La disociaciones de la maternidad | 78 |
| 2.1.13.1.3. | Teoría sobre el presupuesto determinante de la maternidad | 78 |
| 2.1.13.1.4. | Status jurídico del embrión in vitro | 79 |
| 2.1.13.1.5. | Situación del donante anónimo | 81 |
| 2.1.13.1.6. | Situación de la mujer que ofrece su útero | 82 |
| 2.1.14. | Filiación en la maternidad Subrogada | 82 |
| 2.1.15. | Posturas a favor y en contra de la maternidad subrogada | 85 |
| 2.1.15.1. | Postura de la Iglesia: | 86 |
| 2.1.15.2. | Postura doctrinal | 88 |
| 2.1.11.2.1. | Posturas a favor de la maternidad subrogada | 88 |
| 2.1.11.2.2. | Posturas en contra de la maternidad subrogada | 89 |
| 2.2. | NORMAS | 90 |
| 2.2.1. | Constitución Política del Perú | 90 |
| 2.2.2. | Código Civil | 91 |
| 2.2.3. | Ley General de salud N° 26842. | 92 |
| 2.2.4. | Decreto supremo N° 0011-2011-JUS | 93 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 2.2.5. | Declaración Universal de Derechos Humanos..... | 93 |
| 2.2.6. | Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)..... | 94 |
| 2.3. | JURISPRUDENCIA..... | 95 |
| 2.3.1. | Casación N°563-2011-Lima..... | 95 |
| 2.3.2. | Casación 2112-2009..... | 96 |
| 2.3.3. | STC N° 1817-2009-PHC/TC..... | 97 |
| 2.3.4. | Sentencia N° 2005-2009-PA/TC..... | 98 |
| 3.1. | DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA COMUNIDAD JURÍDICA FRENTE A LOS EMPIRISMOS NORMATIVOS Y LAS DISCREPANCIAS TEÓRICAS QUE INFLUYEN EN DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA..... | 101 |
| 3.2. | DESCRIPCIÓN ACTUAL DE LOS RESPONSABLES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA..... | 113 |
| 4.1. | ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ENCONTRADA DE LOS EMPIRISMOS NORMATIVOS EN RELACIÓN A LA COMUNIDAD JURIDICA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA..... | 118 |
| 5.1. | RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS..... | 142 |
| 5.1.1. | RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS, RESPECTO A LAS PARTES O VARIABLES DEL PROBLEMA..... | 142 |
| 5.1.1.1. | Empirismos normativos | 142 |
| 5.1.1.2. | Discrepancias Teóricas: | 144 |
| 5.1.2. | RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS, RESPECTO A LOS LOGROS COMO COMPLEMENTOS DE LAS PARTES O VARIABLES DEL PROBLEMA..... | 145 |
| 5.1.2.1. | Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos. | 145 |
| 5.1.2.2. | Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las Normas..... | 145 |
| 5.1.2.3. | Logros de la Comunidad Jurídica respecto a la Jurisprudencia Peruana | 146 |
| 5.1.2.4. | Logros de los Responsables respecto a los Planteamientos Teóricos. | 146 |
| 5.2. | CONCLUSIONES PARCIALES..... | 147 |
| 5.2.1. | CONCLUSIÓN PARCIAL 1..... | 147 |
| 5.2.1.1. | Contrastación de la sub hipótesis “a” | 147 |
| 5.2.1.2. | Enunciado de la Conclusión Parcial 1 | 150 |
| 5.2.2. | CONCLUSIÓN PARCIAL 2..... | 150 |
| 5.2.2.1. | Contrastación de la sub hipótesis “b” | 150 |

| | | |
|---|--|------------|
| 5.2.2.2. | Enunciado de la Conclusión Parcial 2 | 152 |
| 5.2.3. | CONCLUSIÓN PARCIAL 3..... | 152 |
| 5.2.3.1. | Contrastación de la subhipótesis “c” | 152 |
| 5.2.3.2. | Enunciado de la Conclusión Parcial 3 | 154 |
| 5.3. | CONCLUSION GENERAL..... | 154 |
| 5.3.1. | Contrastación de la Hipótesis Global..... | 154 |
| 5.3.2. | Enunciado de la Conclusión General..... | 155 |
| CAPITULO VI RECOMENDACIONES..... | | 158 |
| 6.1 | RECOMENDACIONES PARCIALES..... | 159 |
| 6.1.1 | Recomendación Parcial 1..... | 159 |
| 6.1.2 | Recomendación Parcial 2..... | 159 |
| 6.1.3 | Recomendación Parcial 3..... | 160 |
| 6.2 | ENUNCIADO DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL..... | 160 |
| REFERENCIA..... | | 163 |
| ANEXOS..... | | 167 |
| Anexo N° 1: SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR..... | | 168 |
| Anexo N° 2: IDENTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE PARTES DE UN PROBLEMA... 170 | | |
| Anexo N° 3: PRIORIZACIÓN DE LAS PARTES DE UN PROBLEMA..... | | 171 |
| ANEXO N° 4: MATRIZ PARA PLANTEAR LAS SUB-HIPÓTESIS Y LA HIPÓTESIS GLOBAL..... | | 172 |
| Anexo N° 5: MATRIZ PARA LA SELECCIÓN DE TÉCNICAS, INSTRUMENTOS E INFORMANTES O FUENTES PARA RECOLECTAR DATOS..... | | 173 |
| Anexo 6: CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DEL PLAN DESARROLLO DEL PROYECTO DE TESIS..... | | 175 |
| Anexo 7: CUESTIONARIO N° 01..... | | 177 |
| Anexo 08: CUESTIONARIO N° 02..... | | 182 |
| Anexo 09:..... | | 185 |

CAPITULO I

MARCO

METODOLÓGICO

I. PALNTEAMIENTO METODOLOGICO

1.1. EL PROBLEMA

El problema en que se centra la investigación, es aquel al que hemos Denominado: **Determinación legal sobre los casos de maternidad Subrogada en la jurisprudencia peruana.**

Este problema se encuentra constituyendo parte de la problemática jurídica debido al caso particular en la maternidad, la ciencia ha consentido se dé existencia aquello que se denomina maternidad subrogada, en otras palabras es el acuerdo para que sea una fémina quien geste un bebe no resultando indispensable el parecido genético entre aquellos.

Este procedimiento se muestra de diversas maneras y ante su práctica y los diversos sucesos en los que ya se ha puesto en ejercicio se han constatado lagunas en los distintos ordenamientos jurídicos.

Asimismo, otro tema ha pasado a ser muy controvertido, el llamado contrato de alquiler de útero, según muchos juristas y esto apoyado por diversos fallos internacionales estipulan que sería nulo todo acuerdo de ese tipo ya que no se puede contratar con partes del cuerpo humano por ser éste indisponible ni tampoco con el status de familia, llegando a ser ilícito por contravenir el orden público y las buenas costumbres.

Por otro lado más allá de que sea nulo o no, hay otro factor más importante y que es el de determinar la filiación de ese niño nacido por este tipo de fecundación asistida.

1.1.1. Selección del problema

De entre aquellos que afectan al **Determinación legal sobre los casos de maternidad Subrogada en la jurisprudencia peruana**, hemos seleccionado, priorizado e integrado este problema, considerando los siguientes criterios de priorización selección:

- a) Los investigadores tienen acceso a los datos relacionados al problema.
- b) Su solución contribuiría a la solución de otros problemas.
- c) Es uno de los que más se repite.
- d) En su resolución están interesados los responsables de dos a más sectores.

1.1.2. Antecedentes del problema

¿Desde cuándo existe o se tiene referencias sobre este tipo de problema?

Revisando la fuente de información se han encontrado diversas investigaciones relacionadas con el presente estudio, otras investigaciones acerca de **determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana**, así pues tenemos los siguientes antecedentes:

1.1.2.1. A nivel mundial

a) MEXICO

Tesis presentada por la Mtra. Claudia Gamboa Montejano (2010) Titulada: “Maternidad subrogada estudio teórico conceptual y de derecho comparado”, la autora inicia su investigación abarcando en una inicial fracción de este análisis un marco teórico conceptual, que aproxima una sucesión de nociones unidos con el tema, así como la exhibición de un paisaje general de lo que acontece en otros países en tanto a sus legislaciones, organizándolos en aquellos en los que lo restringen, admiten o regularizaron de manera expresa. Asimismo en la posterior parte se analiza a quien compete esta legislación, si a la federación o a las entidades locales, o inclusive a ambas, evidenciando algunas reflexiones en este rubro, primordialmente en tema de salud; llegando a la conclusión que las nuevas técnicas científicas han dado luz al panorama de fenómenos innovadores que requieren de interés como lo es la maternidad subrogada, situación que abre la puerta a sucesos conflictivos. Y para ello se requiere de una apropiada legislación, dirigir la realización de leyes amparadas en el debate nacional; siendo por ello que el Estado, admitiendo su responsabilidad, debe ejercer una labor activa en la reglamentación de los límites de la práctica de las actuales técnicas de reproducción asistida, siempre con el propósito de preservar el orden público y las buenas costumbres.

b) CHILE

Cristóbal Antonio Santander (2012) en su tesis denominada “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?”, el objetivo general de este trabajo será Determinar si la celebración de un contrato de maternidad subrogada en Chile se incluye dentro de la esfera del derecho a procrear a la luz del ordenamiento jurídico chileno.

Por su parte dicho objetivo se desglosará en las siguientes actividades, a saber: Analizar la técnica de la Maternidad subrogada en especial su variante contractual, agrupando los ámbitos directamente afectados por ella, Definir el contenido, características

y límites del derecho a procrear, en el ordenamiento jurídico chileno y Evaluar desde una perspectiva constitucional si el contrato de maternidad subrogada es admisible, luego del análisis de contenido del derecho a procrear y de la dignidad humana.

En resumen, se trata de una investigación jurídico-fáctica que analiza el panorama social y legislativo de la maternidad subrogada evaluándola desde diversos enfoques cognoscitivos y cotejándola con la experiencia legislativa española y este autor ha podido llegar a la conclusión de que La maternidad es un estado de privilegio de la mayor parte de la población, sin embargo un porcentaje importante de la misma no lo posee generando un estado de insatisfacción al no dejar descendencia, y donde la maternidad subrogada aparece como alternativa para concretar sus anhelos de ser padres, mediante un proceso artificial de reproducción, no exento de críticas. (Recuperado en <http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence=>)

1.1.2.2. A nivel Nacional

a) Perú

Como antecedente indirecto se ha encontrado una publicación de la Dra. Frida Roxana del Águila Tuesto (2009), sobre “Maternidad Subrogada y sus efectos jurídicos: Nueva Perspectiva en el Derecho de Familia”, el presente trabajo pretende abordar y analizar fundamentalmente la problemática actual referida a la Maternidad Subrogada, vientre de alquiler, gestación por cuenta de otro, útero alquilado, etc., con entendimiento que es este supuesto se presentan diversas posibilidades, en las que se encuentra a la pareja de progenitores que aportan los gametos fecundados para su posterior implantación en el útero de una mujer que lleva adelante el embarazo con el compromiso de entregar al niño después del alumbramiento; de aquella en que la pareja (heterosexual u homosexual) compra dicho gameto de un tercero o cuando la persona que va a llevar el embarazo es la que aporta con su óvulo para este fin.

Arribado a la conclusión que la familia como cédula original de desarrollo humano es al propio tiempo eslabón cultural en el desenvolvimiento de los individuos que la integran y eslabón político en la conformación de Estados. (Recuperado en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/MATERNIDAD_SUBROGADA

La Constitución Política Peruana establece en su Artículo 1, La protección del ser humano y el respeto de su dignidad son el fin máximo de la sociedad y el Estado, asimismo, el Artículo 2°. Inciso 1 nos refiere que “Toda persona tiene derecho”: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. La constitución estipula que “es un atributo esencial de la persona entendido cómo el derecho de todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es”, ya que señala toda persona tiene derecho: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. Y si mismo el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, reconociéndole una faceta del derecho de todo ser humano a conocer su propia historia, destacamos el Derecho a saber quiénes fueron sus padres, “consagrando el Derecho de todas las personas a conocer su identidad, y ello comprende la de origen” (Dialogo con la Jurisprudencia. Tomo 141. Casación N° 1108-2008. Jurisprudencia civil extramatrimonial. IMPUGANCION DE MATERNIDAD, p. 157)

Además realiza un reconocimiento explícito en su inciso 19 cuando manifiesta que también tiene derecho a su identidad étnica y cultural, reconociéndole y protegiéndole el estado la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Así mismo, el Código Civil en su artículo 19, hace referencia al deber y Derecho al nombre y apellido, lo mencionado se complementa con el Código de los niños y del adolescente donde encontramos un desarrollo más extenso del derecho a la identidad en su artículo 6° 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. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad. (Código Civil, 1984)

A su vez el artículo 7 trata sobre la inscripción en el registro del estado civil. Este derecho se ve protegido por el código procesal constitucional en su artículo 25° numeral 10, cuando expresa que procede el hábeas corpus ante la acción u omisión que amenace o vulnere los siguientes derechos que, enunciativamente, conforman la libertad individual, el derecho a no ser privado del documento nacional de identidad, así como de obtener el pasaporte o su renovación dentro o fuera de la República. (Recuperado en http://www.tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/Codigo_Procesal.pdf)

1.1.2.3. A nivel Regional

En la región Lambayeque, no existen antecedentes legislativos sobre la **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.**

Se hallan dos tesis realizadas por los ya Abogados en la actualidad que hacen referencia y sirviendo de antecedente para nuestro tema de tesis, el primero de ellos titulada “El derecho a la procreación a través de la maternidad subrogada en nuestro país”, presentada por la bachiller en ese entonces María Consuelo Acuña Cieza (2012), en dicho desarrollo arribo a las siguientes conclusiones parciales:

1. “Se presentan Discrepancias Teóricas de los conceptos básicos por parte de los responsables en legislar la maternidad subrogada, que contraviene al derecho constitucional del libre Desarrollo y Bienestar, porque podemos establecer que la sub hipótesis “a”, se prueba parcialmente con 75% de aprobación, y simultáneamente se disprueba parcialmente con 25% de desaprobación. Porcentaje que se complementa al 100%
2. “Se presentan Discrepancias Teóricas de los diferentes puntos de vista de las personas que contravienen el derecho a procrear a través de la maternidad subrogada; porque podemos establecer que la sub hipótesis “a”, se prueba parcialmente con 60% de aprobación; y simultáneamente se disprueba parcialmente, con 40% de desaprobación. Porcentaje que se complementa al 100%.
3. “Se presentan empirismos normativos, ya que se ha probado que el 63% está totalmente de acuerdo que se cuente con una nueva legislación adecuada y que toda pareja constituida en matrimonio o concubinato pueda recurrir al tratamiento de infertilidad y a procrear hijos mediante la Maternidad subrogada, lo que se prueba parcialmente la hipótesis “c” y simultáneamente se disprueba, con un 37% que considera que no es necesario crear una nueva ley porque existen otras leyes. Porcentaje que se complementa al 100%.
4. “Se presentan empirismos normativos, ya que se ha probado que existen vicios legales en la Ley que regula las Técnicas de reproducción Humana Asistida y se puede solucionar aplicando la Legislación comparada, ya que el 50% opina que se debe tener en cuenta la legislación de México para la creación de una nueva ley, el 18% opina que se tenga la

legislación de España y Brasil, y el 12% opina que se tome en cuenta la legislación de Rusia y la India. Porcentaje que se complementa al 100%.

Así mismo llega a su conclusión general: “El derecho de procrear a través de la maternidad subrogada se ve afectado por las discrepancias teórica, puesto que no existe una apreciación uniforme y por los empirismos normativos, ya que se demostró que no existe una ley que regule a cabalidad este tema; hechos que afectan el desenvolvimiento adecuado de las parejas unidad en matrimonio o que viven en concubinato, debido a que no se cuenta con una norma que legisle dicha realidad o por no haberse tomado en cuenta la legislación comparada de México especialmente la Maternidad subrogada netamente altruista y sin fines de lucro”.

El segundo antecedente es la tesis titulada: La necesaria regulación del llamado contrato de vientre de alquiler altruista y sus implicancias jurídicas en el Perú”, presentada por el bachiller en ese entonces Víctor Alberto Vásquez Torres (2012), en dicho desarrollo arribo a las conclusiones parciales;

1. “Situación jurídica por la cual una mujer dota del material genético para la fecundación, y otra por intermedio de su vientre gesta y para el nuevo ser. Con la intención de entregarlo. Una madre de alquiler (también denominado “vientre de alquiler” o “maternidad subrogada) es una mujer que acepta, por acuerdo, quedar embarazada con el objetivo de engendrar y dar a luz un niño que va a ser criado como hijo propio por una pareja. Es una maternidad por sustitución mediante un contrato de gestación. La mujer gestante se encarga de llevar el embarazo, es decir, que tiene sólo la función de engendrar y está privada de formar vínculo afectivo con la criatura, además esta debe renunciar a cualquier legal que pueda tener sobre el recién nacido. Todo esto se realiza mediante un contrato de gestación entre los futuros padres y la madre suplente en el cual quedan establecidos los derechos, responsabilidades y el consentimiento de todas las personas involucradas, cumpliendo a cabalidades y el consentimiento de todas las personas involucradas, cumpliendo a cabalidad con cada uno de las limitaciones y requisitos para acceder a este método de reproducción asistida.

2. El ordenamiento jurídico argentino, al igual que el de la mayoría de los Estados occidentales, ha adoptado este adagio para determinar la maternidad y, ese mismo cuerpo normativo, lo recoge en el artículo 242 /Ley 23.264) cuando expone: “La maternidad

quedará establecida, aún sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. El artículo 10.2 de la ley española 35/1988, primera ley sancionada en Europa respecto de la fecundación asistida, establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. En este sentido, un sector de la doctrina de este país que la portadora no podrá impugnar su maternidad ni por vicios del consentimiento, ni por cualquier causa referente al acuerdo de gestación por otra pareja. Asimismo, el hijo no tendrá derecho a reclamar una filiación maternal que ya consta y aparece declara por la ley, ni impugnar la ya existente.

Así mismo llega a su conclusión general de acuerdo al resultado de la presente investigación en el Distrito judicial de Chiclayo y Jaén existen empirismos normativos en la necesaria regulación del llamado contrato de vientre de alquiler altruista y sus implicancias jurídicas en el Perú. Debido a que no se ha actualizado, incorporado y/o no se considera dentro del código civil en la parte pertinente a contratos, el contrato de vientre de alquiler altruista o maternidad subrogada altruista por no tomar en cuenta los planteamientos teóricos directamente relacionados, tales como propuestas legislativas de forma específicas. Frente a ello la regulación del contrato de vientre de alquiler altruista constituye una solución legal, para aquellos casos de pareja que habiendo cumplido con las limitaciones y requisitos para acceder a este método de reproducción asistida puedan llegar a lograr el sueño anhelado de ser padres sin verse envueltos en problemas legales.

1.1.3. Jurisprudencia

a) Casación N°563-2011-Lima

El colegiado dispuso en la Casación N° 563-2011-Lima que el derecho de un pequeño engendrado por fecundación asistida a tener una familia ideal predomina sobre el derecho de la madre biológica y su esposo de ejercitar su patria potestad cuando predeterminadamente ambos pactaron procrear a un ser humano para su posterior entrega a cambio de “beneficios económicos.

A todas luces esta sentencia plantea temas de interesante actualidad que este artículo pretende abordar: las técnicas de fecundación artificial, incidiendo principalmente en la gestación por sustitución, y los problemas que dichos métodos generan, en especial, en la determinación de la filiación del menor y en el interés superior de éste.

b) Casación 2112-2009

Este tribunal en su artículo decimo considera que entre los atributos esenciales de la persona. Ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrada en el inciso primero del artículo segundo de la carta magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado como a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombre, seudónimos, **herencia genética**, etc.) y aquellos otros que derivan del propio desarrollo y comportamiento personal (ideología, identidad cultural, valores, etc.)

c) Sentencia N° 1817-2009-PHC/TC

Que, ya el Tribunal Constitucional, en sus fundamentos cuarto y quinto, se ha referido al principio de protección especial del niño a la luz de los tratados internacionales, el cual se erige como un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reconocido tanto en la Declaración de los Derechos del Niño, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, señalando que: este Tribunal estima que para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el niño, entendido como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, es un sujeto de derecho de protección especial el cual requiere de asistencia y cuidados adecuados, necesarios y especiales para su desarrollo y bienestar, tanto antes como después del nacimiento.

d) Sentencia N°2005-2009-PA/TC

El tribunal constitucional peruano determina que la vida humana se inicia con la unión de células del padre y de la madre.

1.1.4. Formulación del problema

Este problema puede ser formulado de manera interrogativa en sus tres partes y, según las prioridades del Anexo 3, mediante las siguientes preguntas:

Preguntas sobre la primera parte del problema (Empirismo Normativo)

- a) ¿Cuáles son los Empirismos Normativos directamente relacionados con la **determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana?**
- b) ¿Cómo afecta los Empirismos Normativos en la **determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana?**
- c) Si adolecen de Empirismos Normativos, ¿Cuáles son y a quienes o en qué porcentaje afecta?

Preguntas sobre la Segunda parte del Problema (discrepancias teóricas)

- a) ¿Cuáles son los planteamientos teóricos directamente relacionados con la **determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana?**
- b) ¿Se conocen y aplican bien esos planteamientos teóricos que eviten esas discrepancias teóricas?
- c) ¿Existen discrepancias teóricas en la **determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana?**
- d) Si existen discrepancias teóricas ¿cuáles son?
- e) ¿Cuáles son las relaciones causales que explicarían esas discrepancias teóricas?

1.1.5. Justificación de la Investigación

- a) Es necesaria porque contribuirá al fortalecimiento y consolidación de la institución de la familia con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú.
- b) Está investigación se torna necesaria y suma importancia puesto que coadyuva a complementar una completa legislación sobre la maternidad subrogada.
- c) Se hace imperativo abordar este problema enfatizando la tutela jurídica y la protección prioritaria de la persona humana desde el momento de la concepción tratando de lo posible que no se desnaturalicen los principios esenciales de los derechos del concebido, de la persona y la familia.

- d) Es asimismo conveniente su aportación para que sirva de alineamientos que se tomarían en cuenta para una mejora en la redacción del Artículo 07 de la Ley General de Salud N° 26842 para tener mecanismos de solución frente a estos casos.

1.1.6. Limitaciones y restricciones de la Investigación

Limitaciones:

- Se limita a la Protección de los Derechos Reconocidos en el Libro III del Código Civil.
- Se limita a que la investigadora cuenta con una disponibilidad de tiempo limitado debido a la carga laboral.
- El presupuesto para la presente investigación fue de recursos propios

Restricciones:

- Se restringe a investigar, analizar y proponer.
- La presente investigación comprenderá el periodo 2014.
- La investigación se restringe al empirismo normativo y discrepancias teóricas en **determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.**

1.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1. Objetivo General

Analizar la **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA** que integre: **PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS** voluntad procreacional, maternidad subrogada, técnicas de reproducción asistida atinentes a este tipo de proyecto: **NORMAS** que rigen; y: **JURISPRUDENCIA** referente a la Maternidad compartida y la dificultad de determinar quién debe ser considerada como madre legal y el análisis de las diferentes normas como el Código Civil referente a la Familia, con el propósito de identificar las causas de las variables prioritarias del problema; de tal manera que tengamos base o

fundamento para proponer soluciones que contribuyan a la incorporación de esta nueva figura.

1.2.2. Objetivos Específicos

Para alcanzar el objetivo general enunciado en el numeral anterior, secuencial y concatenadamente, se deben lograr los siguientes propósitos específicos:

1. Ubicar, seleccionar y definir o presentar de manera resumida los **PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS (MARCO TEÓRICO)** directamente relacionados con este tipo de proyectos, como: **Planteamientos Teóricos, Normas y Legislación Comparada** que los Responsables y la Comunidad Jurídica deben cumplir y estudiar.
2. Describir a los entes inmersos en la incorporación de **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA** en sus partes o variables prioritarias como Responsables y Comunidad Jurídica.
3. Realizar una investigación a través de la Jurisprudencia; para determinar cómo es que se regula esta Figura.
4. Identificar las causas, relaciones causales o motivos de cada parte o variable del problema; Es decir de los Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas ya identificados y priorizados en forma definitiva.
5. Proponer soluciones que contribuyan a solucionar la incorporación de Maternidad compartida y la dificultad de determinar quién debe ser considerada como madre legal, de tal manera que se corrija los Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas, como la propuesta de incorporar al Artículo esta Figura en el Código Civil Peruano.

1.3. HIPOTESIS

1.3.1. Hipótesis Global

La Incorporación de DETERMINACION LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANANA en el Código Civil que son afectado por Empirismo Normativo y que están relacionados causalmente y se explican por el hecho de que existen una norma interna, en su ley de salud

26842 que rige en la realidad pero que no está actualizada o no se acoge a dicha realidad es decir se da en la realidad actual pero no está normado o porque no se tuvo en cuenta la Legislación Comparada, como experiencia exitosa. Y Discrepancias Teóricas, porque Algunos consideran que la maternidad subrogada es una práctica contraria a la ética, a la moral y a la religión, porque se considera que se rompe una fase indispensable entre el hombre y la mujer, es decir la procreación de la pareja. Otros en cambio sostienen que la ciencia debe ir de la mano con el derecho ya que es justamente el derecho el que debe acoplarse a los avances tecnológicos y científicos, con el objeto de alcanzar el desarrollo del ser humano pudiendo tener así en cuenta la jurisprudencia: Casación N° 563-2011-Lima y Casación N° 2112-2009, con el propósito de reducir las Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas

1.3.2. Sub Hipótesis

- a. Se observan **Empirismos Normativos**, por parte de la comunidad jurídica debido a que en nuestra legislación de salud pues la maternidad subrogada en su práctica ocasionan problemas jurídicos que deben ser regulados adecuadamente por nuestra legislación civil sustantiva y en la ley de Salud 26842, la que debe adecuarse y actualizarse acorde al avance científico y a nuestra realidad y debe ser asumida; y esto por no tener en cuenta la Jurisprudencia.

Formula: -X1;A1;-B1;-B2,-B3

Arreglo: -X; A;-B

- b. Se aprecian **Discrepancia Teóricas**, por parte de la **Comunidad Jurídica** debido a que no todas las Personas estudiosas del Derecho estarán de acuerdo con esta incorporación., no formulan nuevos .Planteamientos Teóricos en torno a la práctica de la maternidad subrogada pues esta se emplea, de modo general, para casos de infertilidad, en los que la mujer receptora no pueda ovular pero sí gestar debiendo reflexionar en sí que la maternidad subrogada implica una disociación entre maternidad genética y maternidad gestacional

Formula: -X2;A1;-B1

Arreglo: -X; A; -B

- c. Las **discrepancias teóricas** sobre las prácticas de técnicas de reproducción asistida parte de los **responsables** sostienen que, al hablar de la maternidad subrogada, aduce que esta se rige por el axioma de que todo lo que no está prohibido está permitido: en tal caso se está en presencia de un vacío normativo en la Ley de Salud 26842 y jurisprudencial.

Formula: -X²;A²;-B¹

Arreglo: -X; A;-B

1.4. VARIABLE

1.4.1. Identificación de las Variables

A. Variable de la REALIDAD

A1=Responsables

A2=Comunidad Jurídica

-B: Variable del MARCO REFERENCIAL

-B1= Planteamientos Teóricos

-B2= Normas

-b3= Jurisprudencia

-X: Variables del PROBLEMA

-X = Empirismos Normativos

-X = Discrepancias Teóricas

1.4.2. Definición de Variables

A: Variables de la REALIDAD

A1 = Responsables

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicar lo referente a *“Aquella persona que por las circunstancias se encuentra obligada a contestar y a actuar por alguna cosa o bien por otra persona que puede hallarse a su cargo o bajo su responsabilidad”*. (CABALLERO, 2013, p. 217).

A2 = Comunidad Jurídica

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicar lo referente a *“las personas que poseen un vínculo o interés en torno a la temática jurídica de un Estado. Se entiende que se integran en ella no sólo a profesionales que ejercen el derecho abogados, jueces, fiscales, sino también a docentes y estudiantes de dicha especialidad profesional”* (CABANELLAS, 2002, p.100).

~B₁ = Planteamientos Teóricos

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a *“Una imagen mental de cualquier cosa que se forma mediante la generalización a partir de casos particulares como por ejemplo, una palabra o un término”* (KOONTZ y WEINRICH, 1998, p. 246).

~B₂ = Normas

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a *“la norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente”* (TORRES, 2011 p. 190).

~B₃ = Jurisprudencia

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a *“Es el arte cuyo fin práctico consiste en comparar entre sí aquellas jurisprudencias que son semejantes y presentan cierta uniformidad jurídica dentro de la diversidad de sus respectivos derechos positivos, para encontrar los principios, reglas o máximas similares a todas ellas, por tender a la satisfacción de necesidades comunes”* (CABENELLAS, 2002, p. 218).

~X₁ = Empirismos Normativos

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a *“cuando alguna norma interna que rige en esa realidad, entidad o empresa, en su enunciado no ha incorporado, no está actualizada o*

no considera un planteamiento teórico directamente relacionado” (CABALLERO, 2014, p. 217).

~X2= Discrepancias teóricas

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicar lo referente a *“lo identificamos cuando algunos conocen y propugnan la aplicación prioritaria de un planteamiento teórico, tal que A; y, otros hacen los mismo, pero con otro planteamiento teórico, tal que B”* (CABALLERO A, 2014, p. 124).

1.4.3. DENFICIÓN DE LAS VARIABLES

Leyenda:

T = Totalmente Ex = Exitosas

M = Muy A = Aplicables

P = Poco C = Cumplidos

N = Nada Ap = Aprovechable

| VARIABLES | CLASIFICACIONES | | | | | | |
|--|-------------------------------|--------------------------|-------------------------|--------------------------------------|--------------|-------------------------|------------------------------------|
| | POR LA RELACIÓN CAUSAL | POR LA CANTIDAD | POR LA JERARQUIA | | | | |
| | | | 4 | 3 | 2 | 1 | 0 |
| <i>A = De la Realidad</i> | <i>Interviniente</i> | <i>Cantidad</i> | <i>T.Ap</i> | <i>M.A</i> | <i>Ap</i> | <i>P.Ap</i> | <i>N.</i> |
| <i>A₁ = Responsables</i> | <i>Interviniente</i> | <i>Discreta</i> | <i>---</i> | <i>p</i> | <i>---</i> | <i>--</i> | <i>A</i> |
| <i>A₂ = Comunidad jurídica</i> | | <i>No cantidad</i> | <i>T.Ap</i> | <i>---</i> <i>M.A</i> <i>p</i> | <i>-Ap-</i> | <i>P.Ap</i> <i>-</i> | <i>N.</i> <i>N</i> <i>PP</i> |
| ~B = Del Marco Referencial | | | | | | | |
| <i>~B₁ = Planteamiento Teóricos</i> | <i>Independiente</i> | <i>No cantidad</i> | <i>TA</i> | <i>MA</i> | <i>A</i> | <i>PA</i> | <i>N</i> |
| <i>~B₂ = Normas</i> | <i>Independiente</i> | <i>Cantidad Discreta</i> | <i>TC</i> | <i>MC</i> | <i>C</i> | <i>PC</i> | <i>NC</i> |
| <i>~B₃ = Jurisprudencia</i> | <i>Independiente</i> | <i>No cantidad</i> | <i>TEX</i> | <i>TEX</i> | <i>TEX</i> | <i>TEX</i> | <i>AP</i> |
| ~X = Del Problema | | | | | | | |
| <i>~X₁ = Empirismos Normativos</i> | <i>Dependiente</i> | <i>Cantidad Discreta</i> | <i>-----</i> | <i>-----</i> | <i>-----</i> | <i>-----</i> | <i>-----</i> |
| <i>~X₂ = Discrepancias teóricas</i> | <i>Dependiente</i> | <i>Cantidad Discreta</i> | | | | | |

1.5. TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. Tipo de Investigación

Por su propósito fundamental la presente investigación corresponde a una investigación teórica, pura o básica; puesto que está dirigida hacia un fin netamente cognoscitivo, repercutiendo en unos casos a correcciones, y en otros en perfeccionamiento de los conocimientos, pero siempre con un fin eminentemente perfectible de ellos.

1.5.2. Diseño de la Investigación

Se utilizó el diseño causal- explicativo que relaciona:

$$M \quad \leftarrow \quad X \ Y$$

Donde:

M= es la muestra

X= es la observación a la variable independiente.

Y= es la observación a la variable dependiente.

1.6. UNIVERSO Y MUESTRA

La población es el conjunto de todos los individuos que se desean investigar, en la presente investigación, la población estuvo constituida por los **Responsables**, Médicos especializados en Técnicas de reproducción asistida, asimismo por la **Comunidad Jurídica** representada por Abogados de Derecho de Familia del distrito judicial de Chiclayo.

TABLA N°1: Datos de los informantes según el cargo que desempeñan

| | N | % |
|---|-----|--------|
| Médicos especializados en Técnicas de reproducción asistida | 10 | 0.5 |
| Abogados especializados en familia | 308 | 95 |
| TOTAL DE INFORMANTES | 318 | 100.00 |

Fuente: Investigación Propia.

1.6.1. Muestra

La población de informantes para los cuestionarios serán los Jueces de Familia del Distrito Judicial de Lambayeque y abogados especializados en derecho de Familia relacionados directa e indirectamente a lo referente a la **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA**

- A. Médicos especializados en Técnicas de reproducción asistida: conformado por 10 Médicos.
- B. Abogados especializados en derecho de familia; debido a la población profesional de abogados que son un total de 7,776 de los cuales solo el 20% son especialistas de derecho familia , siendo la cantidad de 1555, se utiliza la siguiente formula:

Fórmula:

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

Donde:

n = Muestra

(N) = 1555 “Población total”

(p)(q) = 0.25 “Proporción máxima que puede afectar a la muestra”

Z = 1.96 “El 95% de confianza de nuestro estudio”

e = 0.05 “Margen de error”

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (1555) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.05)^2 (1555-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(1555) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.0025) (1554)} \Rightarrow n = \frac{1493.42}{(0.9604) + (3.885)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{1493.42}{4.8454} \Rightarrow n = 308.21 \Rightarrow n = 308$$

1.7. MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para realizar la investigación se emplearon los siguientes Métodos

1.7.1. METODOS

1.7.1.1. El método Descriptivo – Explicativo

Porque explico las causas que originan **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA**. El hipotético deductivo,

Por qué sirvió para deducir las causas que originan la **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA**. El método hipotético-deductivo consiste en la observación del fenómeno a estudiar, creación de una hipótesis para explicar dicho fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones más elementales que la propia hipótesis, y verificación o comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia.

1.7.1. Técnicas e instrumentos

1.7.1.1. La encuesta

Es una técnica que se utiliza para determinar tendencias en el objeto de estudio. Es un conjunto de preguntas dirigida a una muestra representativa de la población o instituciones con el fin de conocer estados de opinión o hechos específicos. El instrumento utilizado fue: El cuestionario.

1.7.1.2. Análisis Documental

El análisis documental es una forma de investigación técnica, un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Como instrumento se empleó: El análisis de contenido.

1.7.1.3. El fichaje

Es una técnica de gabinete que permite fijar información extraída de fuentes primarias y secundarias. Sus instrumentos son las Fichas. Entre ellas tenemos:

- A. Registro:** Permite anotar los datos generales de los textos consultados. Lo usamos para consignar las referencias bibliográficas, electrónicas.
- B. Resumen:** Esta ficha se utilizó para sintetizar los contenidos teóricos de las fuentes primarias o secundarias que sirvieron como marco teórico de la investigación.
- C. Textuales:** Transcribieron literalmente contenidos de la versión original. Se utilizó para consignar aspectos puntuales de la investigación como planteamientos teóricos, normas, jurisprudencia, principios de la investigación, citas de diferentes autores, etc.
- D. Comentario:** Representa el aporte de los investigadores. Es la idea personal que emite el lector de una lectura o experiencia previa. Lo utilizamos para comentar los cuadros estadísticos, resultados y los comentarios de los antecedentes.

1.8. TRATAMIENTO DE DATOS

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos de recolección de datos, aplicados a los informantes o fuentes ya indicados; serán analizados e incorporados al trabajo de investigación como información relevante que permitirá contrastar nuestra hipótesis con la realidad. Los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadros, gráficos estadísticos, etc.

1.9. FORMA DE ANÁLISIS DE LAS INFORMACIONES

Con respecto a las informaciones presentadas como resúmenes, cuadros, gráficos, etc., se formularán apreciaciones objetivas. Las apreciaciones correspondientes a informaciones del dominio de variables que han sido cruzadas en una determinada sub hipótesis, serán usadas como premisas para contrastar esa sub hipótesis. El resultado de la constatación de cada sub hipótesis (que puede ser prueba total, prueba y disprueba parcial o disprueba total), dará base para formular una conclusión parcial (es decir, que tendremos tantas conclusiones parciales como su hipótesis hayamos planteado).

Las conclusiones parciales, a su vez se usarán como premisas para contrastar a hipótesis global. El resultado de la constatación de la hipótesis global (que también puede ser prueba total, prueba y disprueba parciales o disprueba total) nos dará base para formular la conclusión general de la investigación.

CAPITULO II

MARCO

REFERENCIAL

II. EL MARCO REFERENCIAL

2.1. PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS

2.1.1. La Bioética

La palabra bioética es relativamente nueva. Se trata de un “neologismo que procede de dos raíces griegas bios (vida) y ethos (ética, valores morales) que, aguarda conminar en síntesis paradigmática, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y debe ser. (HOOFT, 2004, p. 3 y ss.).

Es la técnica de la existencia humana y de los entendimientos prácticos de técnicos referentes a ellas, medicina general, genética, embriología, etc. (SCALA, 2009, p. 36). También considerado el análisis metódico del comportamiento humano en el campo de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto aquel comportamiento es analizada a luz de los valores y principios morales (MAINETTI (n.d.), citado por SORIANO, 2005, p. 6). La bioética consiste en el servirse de las ciencia biológica para prosperar la condición de vida. Esta nueva disciplina (bioética), se ha constituido como rama de la Ética general (conocida también bajo la denominación de Ética biomédica). Se adiciona la noción simplificada de ciencia y conciencia (ser y debe ser., hechos y valores, vida y formas). (SORIANO, 2005, p. 6)

2.1.1.1. Principios Bioéticos

En primer punto, se fija a ella todos los principios generales del recto proceder humano, tales como: “se debe hacer y procurar el bien y se debe evitar el mal”, No se debe perjudicar arbitrariamente a nadie; “dar a cada uno lo suyo” (la justicia en acepción amplia), y el vivir honestamente, según la caracterización de Ulpiano, que hace alusión al bien honesto, es decir, aquel bien objetivo, que lo es tanto para el individuo como también a los demás sujetos, o al menos alguno de ellos, y que no pueden ser un mal objetivo para nadie. (SCALA, 2009, p. 39)

2.1.1.1.1. Principio de respeto de la dignidad humana

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad constituyen fin supremo de la sociedad y del Estado y fundamento para el ejercicio de los derechos que le son propios. La dignidad intrínseca de la persona humana prohíbe la instrumentalización de ésta. La persona humana es considerada siempre como sujeto y no como objeto. (...) El ser humano es respetado no solo como persona, sino también conforme a su permanencia a la familia humana. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 19)

Existe, pues, en la dignidad, un indiscutible motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional. En esta misma lógica la que, por otra parte, se desprende de los instrumentos internacionales relativos a Derechos Humanos, que hacen del principio la fuente directa de la que dimanen todos y cada uno de los derechos del ser humano.

2.1.1.1.2. Principio de primacía del ser humano y defensa de la vida

El interés humano prevalece sobre el interés de la ciencia. La exploración y la práctica científica y tecnológica deben pretender el bien integral de la persona humana. Quedando claro que la ciencia se halla al servicio de la persona humana. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 19)

La vida física y espiritual del individuo personifica un valor esencial reconocido. El amparo de la vida humana considerada la defensa de la salud, asimismo tendrá en cuenta la fragilidad y la integridad personal. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 20)

2.1.1.1.3. Principio de autonomía y responsabilidad personal

La expresión autonomía debe estar dirigida al bien de individuo y jamás puede ir en oposición a su dignidad. Toda exploración y aplicación científica y tecnológica se desenvuelve considerando el consentimiento previo, expreso e informado de la persona indicada. La expresión consentimiento supone el reconocimiento del paciente a ser tratado como persona libre y capaz de tomar sus determinaciones. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 20)

2.1.1.1.4. Principio de totalidad o principio terapéutico

Este principio de la totalidad rige la legalidad y obligatoriedad de la terapia médica y quirúrgica, de ahí que se entiende como principio terapéutico. En el caso de una actuación, el lícito lesionar una fracción del organismo solo si esto favorece al mismo organismo en su integridad. Se busca el bien integro dentro del grupo del bien moral y espiritual del individuo.. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 20)

2.1.1.1.5. Principio de Igualdad y Equidad

Toda indagación y práctica científica y tecnológica en torno a la vida humana estimará la igualdad ontológica de todo individuo indistintamente del ciclo de vida que éstos

atraviesen. De acuerdo a las exigencias sanitarias y la existencia de recursos, se tomaran las medidas apropiadas para respaldar el acceso a la atención de salud de manera justa y equitativa. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 21)

2.1.2. El genoma humano

2.1.2.1. Reseña histórica básica

Al principio de la década de los 40 se observaba la presencia de uno de los componentes esenciales de la célula: el gen. En 1950 Watson empezó a investigarlo y tres años después, junto con Crick, en Inglaterra, reveló la composición del ADN. Poco después en 1961, Nirenberg empezó a descodificar el código genético.

Estas progresiones genéticas recalcan la pauta futura para que en 1977 se empiece la realización del más ambicioso análisis de la genética actual; oficializado en octubre de 1990: el genoma humano. (Varsi, 1997, p. 56)

2.1.2.2. El proyecto genoma humano

El proyecto genoma humano, apoyado en la genética molecular, tuvo como finalidad principal saber la suma exacta de genes que tiene el individuo con el fin de investigar la información genética en ello comprendido.

Así pues, se estimó que reconociendo y encontrando a los genes responsables que ocasionan enfermedades, padecimiento físico o taras (actuales o futuras), se permitiría la admisión a la información genética que las causan con el fin de obtener mejores vías para su previsión, valoración, medicamento y restablecimiento.. Con ello la medicina genómica y la industria farmacéutica se convertiría farmacogenómica, es decir, se desarrollarán los fármacos a partir del genoma, teniendo como aliada a la informática con la creación y difusión de microchips y, en especial, del microchips genético que es un ordenador común pero en lugar de leer datos numéricos, reconoce las secuencias químicas de la cadena de ADN que forman los genes, esto permite seleccionar y eliminar la células o secuencias biológicas no necesarias. (Varsi, 2013, p. 203)

Como refiere Andorno citado por Varsi (2013), el acceso al genoma humano persigue dos objetivos: 1) conocerlo y 2) actuar sobre él a través de las terapias génicas. (p. 203)

El proyecto Genoma Humano se propuso así contribuir al mejoramiento de la calidad de vida para beneficio la presencia humana, prestándose como una prueba para determinar y

reconocer bioquímicamente la vida a través de un plano de condición genética, exhibiendo dicha información en la época. (Varsi, 2013, p. 203)

En los ensayos genéticos que ayudan ahora para estos fines son: (a) las predictivas, que conceden revelar un gen que estimule una enfermedad hereditaria y, (b) las preventivas, que descubren una tendencia o posibilidad a algunas enfermedades. (Varsi, 2013, p. 204)

2.1.2.3. Privacidad, reserva y protección del genoma humano

El genoma es el hombre y le pertenece a él mismo. (...) su tratamiento ha de ser equilibrado para evitar exigentes limitaciones y para prevenir liberales investigaciones. El derecho a la intimidad genética o genetic privacy, forma parte inherente de la dignidad del individuo, a nadie más que a ella le interesa saber cómo es y quién es. (...) El derecho a la intimidad genética merece un tratamiento efectivo y real, ello induce Galán Cortés al decir que “La protección específica de la intimidad en relación con los datos genéticos se configura como fundamental, y es consecuencia lógica y directa de la protección de datos de datos de nuestro genoma. (Varsi, 2013, p. 354)

La intimidad genética está soportada, según Malem Señá en dos principios:

- a) El principio de transparencia: Posee como cimiento el conocimiento de la información del patrimonio genético de un individuo ya sea por parte de ella o por tercero. Es una actitud de apertura al conocimiento de la información que se pueda obtener sobre la estructura genética permitiendo su estudio como posible tratamientos en caso de encontrar alguna enfermedad.
- b) El principio de opacidad.- Se sustenta en la no intervención de terceros en el ámbito personal, por lo tanto, el conocimiento de los elementos que conforman la interioridad de ser sólo corresponde a la persona que los posee. Esta es una actitud de reserva de los datos obtenidos en el estudio de la estructura genética.

2.1.3. La respuesta de la jurisprudencia norteamericana

2.1.3.1. Evans C. Reino Unido, N° 6339/05, 10/04/2007

La sentencia de una de las salas del tribunal del 7/03/2006 fue confirmada por la Gran Sala el 10/4/2007. Se trata, probablemente, de una de las decisiones más cuestionadas en torno al régimen de la fecundación asistida.

Los hechos son bien conocidos; en julio de 2000, Natalie Evans y el Sr. J., su pareja, emprendieron un procedimiento en una clínica que se especializa en reproducción médica

asistida; en octubre les informaron que las practicas iniciales en aquella mujer detectaron tumores precancerosos en ambos ovarios; dado que estos evolucionaban con lentitud, había la posibilidad de adquirir ciertos óvulos antes de someterse a una intervención quirúrgica que resultaba necesaria para salvar su vida, pero la obtención de los óvulos debía efectuarse cuanto antes; además, luego de la operación debía esperar dos años para implantar los embriones que pudieran resultar; las autoridades de establecimientos explicaron detalladamente a las dos personas que tenían que firmar un formulario en el que expresaban su consentimiento para el tratamiento de fecundación asistida y acorde a los preceptos de la ley inglesa de 1990 sobre fecundación y embriología humana, tenían la posibilidad de revocar su consentimiento durante aquellos embriones no hubieran sido insertados en el útero; la Sñra Evans consultó si era admisible congelar sus óvulos no fertilizados, a esto se le contesto que la clínica no ejercía aquel procedimiento; se interpretaba por indicativo de éxito menos elevado; su pareja, J, la tranquilizó diciéndole que no tenía necesidad de prever la congelación del óvulo, en tanto aquel deseaba ser progenitor del bebe que ella trajese consigo; finalmente, los dos firmaron sus dos ovarios. En mayo de 2002, por diversas razones, J. dejará sin efecto la revocación; como medida cautelar, solicitó que los embriones no se destruyeran mientras el proceso se tramitaba. La pretensión cautelar fue acogida, pero la demanda fue rechazada el 1/10/2003; ella apeló sin éxito; el principal argumento del tribunal fue: el parlamento ha solicitado reiterado asentimiento; no atañe atenuar la solución normativa declarando suficiente parte de tal asentimiento; la lastima hacia la actora no establece componente para sustentar que no se cumple aquel requisito de proporcionalidad, dado que también existe un derecho del padre genético a no procrear por un método fundado esencialmente en la voluntad. Agotada la vía interna, la Sra. Evans recurrió ante TEDH. (Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 46-48)

La queja de la denunciante abarca diversos artículos de la Convención.

Alego que los preceptos de la ley británica que obligan el aniquilamiento de los embriones después de invalidar el asentimiento constituyen una violación al derecho a la vida por el artículo 2 de la Convención. El tribunal respondió que el procedimiento FIV ocasiona sensibles cuestiones de orden moral y ético que se imprime en el entorno de transformaciones científicas rápidas, ante la carencia de consenso en el ámbito europeo sobre la descripción científica y jurídica del principio de la vida, el lugar de partida del derecho a la existencia depende del margen de consideración de los Estados y, consecuentemente, no viola la Convención una legislación, como la inglesa, precursora en

esta materia en el ámbito internacional, no contempla al embrión el carácter de sujeto de derecho autónomo.

La Sra. Evans también sostuvo que la Ley inglesa de 1990 que permite al titular del material genético masculino retractar válidamente su compromiso viola el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Después de proporcionar una riquísima información sobre la legislación de todos los países europeos en el ámbito de la fecundación asistida, la mayoría del tribunal rechazó la queja con los siguientes argumentos: (i) el Sr. J actuó de buena fe; el aceptó prestarse a un tratamiento de FIV porque entendía la relación iba a perdurar; (ii) No existe uniformidad de reglamentación en torno a los tratamientos por FIV; determinados Estados se han provisto de una legislación específica, otros no lo han legislado, o lo han hecho parcial solamente, inclinándose por remitirse a principios generales del derecho o a la normas deontológicas. Los aspectos dados en esta cuestión hace referencia al ámbito en los que se halla una clara relación de criterios entre los Estado miembros, por lo que corresponde otorgar al Estado demandado un ancho margen de estimación (iii) según la ley inglesa de 1990, todas las clínicas tiene el deber legítimo de informar al individuo implicadas; que cada oferente de gameto es autónomo de dar por terminado al proceso en cualquier instante con anterioridad de la inserción de los embriones; garantizando así que los interesados conozcan y entiendan aquel informe, la ley les obliga a certificar un detallado formulario; en este caso cada uno de los integrantes de la pareja fue informado de la posibilidad de retractarse; (iv) esa revocación, aún en un caso tan excepcional, no viola el artículo 8 de la Convención, especialmente si se tiene en cuenta una norma básica, de respeto a la voluntad individual, también consagrado por la Declaración Universal sobre bioética y los derechos del hombre artículo 6: el asentimiento puede ser apartado en cualquier instante y razón sin que de esta cancelación surja ningún perjuicio). Se debe tener en cuenta que el artículo 8 protege el respeto a la vida privada, asimismo ampara el derecho a tener un niño y el derecho a no tenerlo. (Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 48 y 49)

La queja apuntó a la violación del artículo 14 de la convención (principio de igualdad); se alegó que la mujer está a merced del donante de semen pues la ley de 1990 otorga al hombre la potestad de contraponerse a que el embrión se implante y, de este modo, se le otorga una suerte de veto que coloca a la mujer en situación de desigualdad. El tribunal rechazó la queja; entendió que había una excusa razonable y objetiva a efectos a decir del

artículo 14 en tanto los derechos del varón son también merecedor de protección como los de la fémina

La opinión de la minoría, en cambio, reprochó a la mayoría otorgar un peso desproporcionado al margen de apreciación de cada Estado y no haber advertido la condición de los derechos individuales implicados en el suceso específico. Entendió que no se respetaba el principio de proporcionalidad en tanto, en el suceso, el impedimento de insertar no era sólo una limitación al derecho de implantar sino su exención completa dada la especial situación de la Sra. Evans. Argumentó la disputa entre el derecho a no procrear y el derecho a no hacerlo no puede hallar resolución en un instrumento rígido, y el problema debe ser examinado minuciosamente según la eventualidad de la causa, una norma intocable (aún contractual) elimina injustamente la dimensión social y psicológica que caracteriza este tipo de procesos. Agregó que la buena fe del varón estaba apoyado sólo en consideraciones contractuales, que la fémina igualmente era de buena fe y que, en el caso, el varón es el único ser que causaría daño a la fémina; ella no podrá procrear de ningún modo; él, en cambio, logrará tenerlos con su actual compañera. (Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 49)

2.1.3.2. Dickson c/Reino Unido, 44362/04, 4/12/2007

El mismo año, unos meses más tarde, el TEDH debió afrontar otro caso vinculado a la fecundación asistida, pero con presupuestos totalmente diferentes dado que el proceso médico para llegar a la filiación tenía el consentimiento de ambos protagonistas y el conflicto se planteó con el Estado.

Los hechos que dieron lugar a la causa son los siguientes: los denunciantes están casados; ella tiene tres hijos de una unión anterior; se conocieron en la prisión en la que ambos cumplían condenas; él fue estimado por asesinato en estado de embriagues; se le redujo la pena, pero aun así; debía esperar hasta el 2009 para ser liberado. En el año 2002 ella se encontraba en libertad y solicitaron un permiso para iniciar un tratamiento de fecundación asistida; invocaban que la espera hasta el 2009 tornaría prácticamente imposible la maternidad, desde que ella tendría 51 años. La autoridad administrativa negó esa autorización con un triple orden de argumentos: (i) Los se trataron en prisión, no conocen como serán su trato fuera de ese ambiente; (ii) El niño que nazca se hallará privado de una fase considerable de la niñez; (iii) El padre estaba condenado por un delito muy grave. La pareja dedujo un recurso judicial que fue rechazado; el tribunal resumió las razones que

habían llevado a la reglamentación administrativa y las encontró justificadas; ellas era: (A) el impedimento para el procesado de conformar una real familia por la peculiar condición del encierro.; (B) La inconveniencia de que un niño fuese educado en una familia monoparental; (C) el interés público por los procedimientos disciplinarios de los centros penitenciarios; (D) Con posterioridad se dictó una regulación que otorgaba permiso, con motivación del hecho, aunque solo en sucesos inusuales (por ej. Abstención decisiva del derecho a concebir). (Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 50)

Ante el egoísmo de vía interna, acudieron a TEDH. Sus agravios no tuvieron eco favorable ante la Sala que entendió primeramente, quien luego de pasar revista a todos los documentos internacionales que reglamentan la supervivencia en las cárceles, dedujo que había una regla común a todas según la cual, mientras este en una cárcel, el procesado mantiene todos sus derechos primordiales, excepto su libertad; no obstante, la queja se rechazó con fundamento en la doctrina del margen de estimación de los estados a cerca de las responsabilidades positivas y la noción de “respeto a la vida familiar”. Los demandantes no cejaron en su posición y recurrieron al pleno de TEDH, quien entendió que Gran Bretaña había violado el artículo 8 de la Convención, con la siguiente línea argumental: (I) Los derechos de los penados están suficientemente determinados en la legislación interna e internacional; un tribunal no tiene la potestad de establecer su fallo en lo que piense es decir una opinión pública ocasional; un sociedad democrática exige suficiente tolerancia, tal como lo demuestran los precedentes del tribunal que abordaron la cuestión relativa al derecho al sufragio de los condenados; (II) El deber positivo de los Estados deben ser analizadas a la luz del justo equilibrio entre los intereses comprometidos; (III) Esta pareja ha demostrado que tener un niño es verdaderamente crucial para su vida; (IV) La mamá está en libertad y con posibilidad de encargarse del bebe. (V) Cuando en Europa no hay un acuerdo sobre la materia, la idea de “margen de apreciación” aumenta y, a la inversa, se achica cuando ese consenso existe, en la actualidad una porción considerable de Estados permiten las visitas íntimas en las cárceles; si esto es posible para la fecundación natural no se encuentran razones para ser tan estrictos en la fecundación asistida; un sistema, como el inglés, que exige probar razones excepcionales, pone sobre el peticionante una carga injustificadamente pesada. (Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 50 y 51)

Otro caso de una pareja con problemas de fertilidad, se sometió al programa de fertilización in vitro homóloga y después de seis intentos fallidos, decidió optar por la técnica de

crioconservación. En diciembre de 1988, como última tentativa, dos embriones fueron implantados en el útero de la mujer y siete fueron crioconsevados. Tampoco en esta oportunidad se pudo lograr la gravidez. Sucesivamente los dos conyuges se separaron y en la causa por divorcio, se discutió el “control” de dichos embriones. (Espinoza, 2001, p. 78) En la Sentencia de la Corte del Estado de Tennessee, Contea di Blount, en 1989, contemplo el derecho de las féminas a iniciar y llevar a término la gravidez, sin la intervención del padre biológico, que se vincula con el interés de estos “pequeños sujetos existente ya in vitro”. En cambio en la Sentencia de la Corte de Apelación, en 1990, si bien, por una parte, se reconoce la tutea constitucional del derecho a procrear, por la otra, con una concepción exquisitamente patrimonialista se concedió al padre el “derecho de custodia y de disposición de los embriones”, decidiendo que los dos padres deben ponerse de acuerdo sobre el destino de los “óvulos fecundados y crioconservados”. (Espinoza, 2001, p. 78)

En opinión de Espinoza (2001), la solución adecuada debería partir de la premisa de naturaleza de sujetos de derechos que presentan estos concebidos y por tanto, en su derecho a la vida, prevalente sobre la exigencias de cada uno de los padres. Se ha dicho que es inadecuado hablar de un derecho a la procreación y también de un derecho de disposición sobre los concebidos. Independientemente de la voluntad de los padres biológicos, estos embriones deberían haber sido cedidos a parejas que tengan problemas de esterilidad y que quisiesen someterse al programa de fertilización artificial. De haber sido así, los padres biológicos habrían cambiado su estatus por aquel de “cedentes” sin tener ninguna relación paterno-filial con los neonatos. En cambio tendrán el estatus de padres de los miembros de la pareja que decidiese aceptar la implantación de uno (o más) de estos embriones. (Espinoza, 2001, p. 82)

2.1.4. Derechos de la persona

El individuo por su condición, tiene derechos y valores que facultan a su desarrollo pleno; es decir, la obtención o realización de ideales, iniciativas y proyecto. Estos derechos del individuo se amparan en la obligación moral de cautelar y considerar del ser humano, ofreciéndole una garantía en su desarrollo biopsico-social. (Varsi, 1997, p. 125)

2.1.4.1. El Derecho a la vida

Es un derecho substancial, fundamental y primario, que no sólo se discute por ser la condición de posibilidad, única y esencial, de cualquier otro derecho, sino porque es un

derecho excelso y fundamental del ser humano, del que es titular por la sencilla razón de ser *subjectum iuris*. (Varsi, 1997, p. 127)

2.1.4.2. El derecho a la integridad

Como derecho, la integridad se encuadra en el amparo del sistema corporal (integridad genética), psicología (integridad psíquica), genómica (integridad genética) y social (integridad moral) del individuo. De allí que no debemos limitar conceptualmente este derecho al aspecto corporal (derechos a la corporeidad o al propio cuerpo, como se le ha conocido), sino que su acepción y significancia es mucho mayor, resguardando al ser humano in toto. (Varsi, 1997, p. 132)

En consecuencia, la protección de la vida conlleva indispensablemente sostener en lo posible, la integridad y salud corporal (...) se trata de la inmunidad de ataque por otros individuos, que agredan contra la integridad física y la salud de cada individuo. Especialmente si estas agresiones se producen en “políticas de Estado”. Sin embargo, esta invulnerabilidad de la integridad física y la salud tiene tres excepciones claras: a) el principio de totalidad, consistente en que siempre que no se haya otro medio terapéutico, es aceptable para salvar la vida, o aún mejor su integridad física (...), el sacrificio de una determinada parte del cuerpo, por ejemplo es la mutilación de una extremidad gangrenada para salvar la vida del paciente; b) la segunda es el principio de las acciones de doble efecto, que establece que es lícito actuar cuando de una acción se siguen dos efectos, uno malo y otro bueno (acto querido que especifica la intención) y el realizado (acto objetivo) y entre ambos que la consecuencia sea un bien mayor que el perjuicio que implica el efecto malo (causa justa); además de ello, que no se háyase otro medio menos gravoso de alcanzar el producto (...) y c) la tercera es el principio de caridad, por el cual es legítimo que un ser humano vivo done miembros para trasplantes, en la medida que no suponga el deceso del oferente.. (SCALA, 2009, p. 39)

2.1.4.3. El derecho a la libre disposición del propio cuerpo

Este derecho es sustrato del derecho a la integridad. Mediante los actos de libre disposición corporal una persona tiene la facultad de realizar (disponer: dar o hacerse) lo que parece con su cuerpo o por él (cirugía, esterilización, cesión de órganos, adecuación de sexo, entre

otros). Es decir, es el ejercicio máximo de la libertad sobre la estructura somática que tiene una persona dentro de los términos que dispone la ley. (Varsi, 1997, p. 133)

2.1.4.4. El derecho a la dignidad

La persona es el único ser que posee dignidad. De ahí: “El concepto dignidad se refiere a la propiedad de un ser que no es sólo fin en sí mismo para sí, sino fin en sí mismo por autonomía”. Es valor entendido por todos que experimentar con el proceso biológico de la fecundación y utilizar al embrión como puro objeto de análisis es un ataque frontal a la dignidad de la persona y la humanidad. (...) en el debido orden del concepto debe impedir explícitamente “la fertilización de óvulos humanos con fines contrarios a la procreación o a la dignidad humana, como se puede evidenciar en la clonación. (Varsi, 1997, p. 134)

2.1.4.5. El derecho a la identidad

El hombre como un “todo” en el que concurren valores, actitudes y componentes biológicos. Es el ente animado, racional y libre que creó el derecho para su vida en relación. (...) así el organismo y su conformación son intocables por ser constitutivos del individuo y su identidad que como manifiesta Carlos Fernández Sessarego, es la manera de ser como el individuo se desarrolla en sociedad, con sus cualidades y defectos, y como derecho, es pues aquello que tiene cualquier individuo a “ser el mismo”, mostrándose como un derecho elemental del ser humano. (Varsi, 1997, p. 135)

El derecho a la identidad podríamos clasificarlo de la siguiente manera:

2.1.4.5.1. El derecho a la identidad personal

Se refiere a los atributos de la personalidad como la nacionalidad, capacidad, domicilio, religión, profesión, estado civil, sexo, edad y el nombre, describiendo la individualidad propia de cada individuo en nuestra sociedad y ante el derecho. (...) así también Vila Coro nos dice: la identidad personal es un haz de fuerzas resultantes de la fuerza efusiva de la norma genética que es el principio consustancial de función, rectificado por los estímulos procedentes del hábitat y ambas a su vez, atenuados por la actuación efectiva de la libertad. (Varsi, 1997, p. 136)

2.1.4.5.2. El derecho a la identidad sexual

Defiende la integridad psicosomática del individuo vinculada con su sexo; es decir, representa el reconocimiento del sexo que tiene físicamente una persona con lo que siente psíquicamente.

2.1.4.5.3. El derecho a la identidad genética

Referido a la huella genética que tiene todo individuo por el solo hecho de ser un ente viviente, dentro de lo cual podemos encontrar el patrimonio genético de a persona así como su llamado genoma humano. Este tipo de identidad “debe ser comprendida en doble sentido: identidad “hábitat” (paratipo-ambiente que admite desenvolver unos genes u otros) e identidad genotípica (herencia genética). e identidad “hábitat” (paratipo-ambiente que permite desarrollar unos genes u otros. (Varsi, 1997, p. 136)

2.1.4.6. El derecho a la libertad

La libertad es aquella “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. (...) el hombre es un ser libre. Puede intervenir en su propia historia y en su cuerpo, siendo capaz de decidir cuándo, cómo y con quién desea procrear. (Varsi, 1997, p. 137)

2.1.4.7. El derecho a la igualdad.

(...) su cimiento se suscribe a la restricción que el derecho implanta ante las diferencias entre los individuos y las distinciones (discriminaciones) que puedan aparecer hacia ellas. (Varsi, 1997, p. 138)

2.1.4.8. El derecho a procrear

Es un derecho subjetivo procedente principalmente del derecho a la vida, libertad e integridad; y confluyente con derechos como el honor, intimidad y la propia imagen. Su vinculación con el derecho a la dignidad de la persona está dado, pues se presenta como una expresión máxima y continuidad de los demás derechos del sujeto en su descendencia, permitiendo el desarrollo libre y pleno de la personalidad, la que trasciende en el tiempo. (...) su ejercicio es mancomunado y heterosexual. (...) Varsi refiere que las técnicas de reproducción asistida son un remedio contra la infertilidad y se aplican cuando otros métodos han fracasado. (Varsi, 1997, p. 139 y 140)

El ser, comprendido hombres y mujeres, puede proceder en completa autonomía, en cuyo entorno es soberano, en cuya hipótesis, “el derecho a la reproducción es una manifestación

del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, derecho que no debe ser limitado con arbitrariedad o sin excusa suficiente por los poderes estatales. Es por ello que no es un derecho total, es un derecho con restricciones, estos no son más que los procedentes de la actuación de la libertad de los demás. (Revista de Derecho Político, 1988, p. 113, citado por BRENA. 2010, p. 17)

En cuestión de la fémina, ella tiene derecho ser inseminada con esperma ya sea un cedente anónimo o conocido, pero en cuestión del hombre ¿Cómo hará efectivo su derecho a la procreación? ¿Tendrá derecho a que se brinde un útero para así gestic su carga genética, siendo su compañera incapaz medicamente para llevar un embarazo? Tratando de prosperar la posición del hombre frente a su derecho a reproducirse debería protegerse su derecho a proveerse de la probabilidad de alquiler de útero para así gestar bebés de su propio esperma y siendo ello así estaríamos frente a un equivalente derecho a la reproducción reconocidos a mujeres y hombres. (BRENA. 2010, p. 18)

2.1.4.9. El derecho a la salud

(...) Es un bienestar general que integra lo psicológico, biológico y social. (...) en estos términos la Organización Mundial de Salud (OMS) define a la salud como: “un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”. (...) por su parte el Estado brinda la protección de este derecho a través de la correspondiente atención sanitaria. (Varsi, 1997, p. 141 y 142)

2.1.4.10. El derecho a la intimidad

Actualmente, este universo interior del individuo merece una seguridad y cautela particular con respecto a su información comprendido en el gen, a manera de ejemplificación: a) la manera como ha sido engendrado, b) el producto que se alcancen de los exámenes practicado o c) la praxis médica a la que se ha sujetado, no deben ser revelados. Y es que, precisamente el derecho a la intimidad defiende contemplaciones que a nadie más que un solo individuo le importa. Como derecho a la privacidad genética es la capacidad con la que cuenta el sujeto con el propósito de conservar su (bio) autonomía interna liberada de injerencias, limitando el acercamiento a este modelo de información (principio de opacidad). (Varsi, 1997, p. 142 y 143)

2.1.4.11. El derecho a la imagen

La imagen es el aspecto y figura de la persona, el rasgo fisonómico reconocible. Mediante este derecho se protege su representación y reproducción gráfica de la figura de la figura o forma del cuerpo. (Varsi, 1997, p. 143)

2.1.5. Derechos reproductivos

Los acuerdos acerca de exclusión del conjunto de formas de discriminación hacías las féminas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 18/12/1979) detalla a estos derechos a manera de derechos humanos que todo ciudadano, varón o mujer sin importar su condición social, edad, raza, religión, estado civil u opción sexual tiene al ejercicio pleno, libe y responsable de su sexualidad centrada o no en la procreación”. Es así que han surgido como nuevos derechos de la persona frente a la procreación. (Varsi, 2013, p. 397)

Como tal los derechos productivos que permite a los individuos grandes facultades para lo siguiente:

- a) Gozar del más alto nivel probable de salud mental y física.
- b) En circunstancias de igualdad entre la mujer y el hombre el acceso a la asistencia que comprendan la salud reproductiva y la planificación familiar.
- c) A ser cuidado en la salud reproductiva sin ningún tipo de apremio.
- d) A resolver independiente y responsablemente la cantidad y el esparcimiento de sus descendientes y establecer la comunicación, enseñanza y los métodos para poder lograrlo.

Que los establecimientos de salud velen porque se cumplan estos principios en todo este periodo de atención.

2.1.6. Derecho del menor

EL derecho al hijo “se orienta desde un punto de vista del adulto, del individuo que consideran sostener el derecho a procrear, lo cual se porta a considerar al niño como un objeto y no como un sujeto (...). Si la creación como la patria potestad y la afiliación que aparecieron en el derecho romano para favorecer al pater familiae o al que no tenía estirpe que percibe de su patrimonio, fueron transformándose en asociaciones que cada vez más se interesan por la comodidad de los sucesores, sean congénitos o adoptado, no se encuentra la razón para que la inseminación artificial nos advierte de manera predominante

a los derechos del menor que emergen como resultado de la inseminación artificial. (BRENA. 2010, p. 20)

El menor que emerge como producto de una inseminación artificial llevada a cabo por una madre libre, nace sin padre. No podemos descuidar y de observar que haya varias madres solteras gestantes involuntariamente o madres solas pero como expresa Harry Krause, estas son adversidades de la supervivencia existencial, “pero no es una práctica manufacturar tragedias”. Aparece una contradicción que por un lado se acepta la búsqueda de la paternidad de los progenitores nacidos fuera de un casamiento, para fundar la relaciones biparentales y que por el otro se propicie un nacimiento de hijos que carecen de padres. (BRENA. 2010, p. 20)

No todo lo habitual ayuda a la opinión de que el progenitor tengan derecho a sus procreadores. Manifiestan quienes así meditan que el niño lo que necesitan es percibir in ambiente cálido. (PEREZ DURATE Y NOROÑA, 1989, citado por BRENA. 2010, p. 20)

La identificación en una identidad legal que clasifica las relaciones familiares, no solo del progenitor con los procreadores, sino que lo enfoca con todo el clan familiar paterno y materno, hermanos, abuelos y tíos. La ignorancia de la procedencia genética puede ocasionar e imponer daños psicológicos a una persona sana, Pero los avances en genética o genómica ayudan a establecer la aparición de enfermedades o apegos familiares, descubrir la existencia de enfermedades a adolecer ciertas defunciones, se solicita que este nazca con la protección de la familia duradera. La buena estatalización del menor. El alejamiento del menor de sus progenitores se demuestra solo en casos de necesidad o cuando la convivencia perjudique al menor. (BRENA. 2010, p. 21)

2.1.7. Breve reseña histórica de las técnicas de fertilización asistida

Las técnicas que existen actualmente comprenden una serie de procesos biotecnológicos, tienen sus orígenes desde fines del siglo XVIII. Basso menciona como el primer caso en el que se obtuvo un resultado exitoso de fecundación asistida en la especie humana, el de Hunter, en el año 1864, al lograr producir una gestación introduciendo en la vagina de la mujer líquido seminal de su esposo. (BASSO, 1993, p. 263. citado en: Eduardo A. Sambrizzi, La procreación y manipulación del embrión Humano, 2001, p. 14)

2.1.8. La procreación y la esterilidad en seres humanos

Todos los seres vivos tienden a perpetuarse a través de la procreación; esta cumple la finalidad de dar continuidad a la especie. Pero cada especie tiene un peculiar modo de reproducción; así, mientras que en unas especies solamente interviene un individuo de sexos complementarios. Los mamíferos, que pertenecen a este segundo grupo, se reproducen a través de la realización del coito. (...) dentro de la Biología se habla de la función de autoperpetuación, por medio de la cual los seres vivos tienden a realizar todas las actividades necesarias para no extinguirse como especie: alimentación, reproducción. (JUNQUERA Y TORRE, 2013, p.13) (...) el deseo de realizarse y perpetuarse a sí mismo en los propios hijos es una aspiración natural de la mayoría de los hombres, que no sólo contribuye a su felicidad, sino que propicia el acceso a la existencia de otros seres humanos potencialmente felices y garantiza la supervivencia de la especie. Es, pues, un deseo razonable. Pero este deseo choca a menudo con la barrera de la infertilidad (JUNQUERA Y TORRE, 2013, p.14) y aquí es donde entran en juego las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, técnicas que, en principio, no se plantearon como una alternativa a la reproducción mediante coito, sino como un remedio a esa incapacidad para la reproducción. Pero, también, hay que reconocer que, en determinadas circunstancias, actualmente se están convirtiendo en una alternativa o en herramientas de investigación y experimentación científica. (JUNQUERA Y TORRE, 2013, p. 16)

La progresiva consagración de la idea de Derechos Sexuales y Reproductivo (DSR), Han conducido a la organización mundial de la salud a conceptualizar la salud y reproductiva como un actitud física, mental y social, y no de mera carencia de enfermedades o dolencias, en todos las apariencias vinculadas con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En conclusión, la salud reproductiva, el interior de la capacidad de gozar una vida sexual placentera y sin riesgos a engendrar, y la voluntad para de realizar o no realizar con frecuencia. Esta última circunstancia lleva comprendido el derecho del hombre a obtener resultados del proyecto de la familia en su preferencia, así como otros procedimientos para el precepto de la fecundidad que no estén legalmente censurados, y acceso a otros métodos. Para la ordenación de la fecundación que no estén legalmente censurados, y acceso a fórmulas seguras eficaces, posibles y aceptadas, el derecho a recibir prestación apropiada de atención de la salud que acceden a los embarazos que estén en riesgos y que dan a las parejas las máximas probabilidades de tener hijos sanos. (TURNER, 2001, p. 209)

Esta nueva realidad ha generado un cambio profundo no sólo en las posibilidades que los hombres tienen de alcanzar el objetivo de la procreación, hasta el punto de que se haya comenzado a hablar del “derecho a procrear” en el sentido de que tanto el hombre como la mujer tienen derecho a que se les proporcionen los remedios científicos técnicos conducentes al logro de la procreación deseada. (JUNQUERA Y TORRE, 2013, p.18)

Si todo individuo es autorizado de un derecho reproductivo, entonces el orden jurídico debe examinar y abrirle todas las eventualidades para las posibilidades para su independiente ejercicio y amparo. Por deducido las TRA, entendidas como “Toda intervención artificial de temperamento médico que tenga por objeto rendir directamente la fecundación de un ovulo por un espermio, teniendo como resultado el alumbramiento de un hijo (TURNER, 2001, p. 213)

La subrogación mínima la carga que conlleva la esterilidad y ayuda en los casos en los que la mujer tiene, por ejemplo, una enfermedad pélvica o no tiene útero (SOUTO, 2005, citado por RUIZ, 2013 p. 29). Es una técnica en la que personas adultas ejercen libremente sus derechos sin lastimar los derechos de otras personas, por lo cual las críticas a quienes lo ejercen e incluso a la práctica propiamente dicha no pueden considerarse. Robertson, defensor de esta práctica piensa “que la maternidad sustituta es una modalidad más para ejercer la paternidad y se equipara a las otras formas de acceder a la misma sin transmisión de linaje genético” (ARTETA, 2011, citado por RUIZ, 2001, p. 30)

2.1.9. Las técnicas de Reproducción Humana Asistida

En la realidad, los progresos científicos tecnológicos han avanzado técnicas para solucionar los problemas de las parejas con impotencia o subfertilidad, que permiten la concepción asistida. Son varias técnicas realizadas, pero las más notables son; la inseminación artificial y la fecundación in vitro o FIVET. (ADERA, CIENCIAS, LAMAS, 2009, p. 6)

Es un procedimiento terapéutico utilizado cuando la mujer no tiene trompas o éstas se encuentran dañadas y cuando el varón tiene mala calidad espermática. La fecundación asistida puede importar la utilización de dos procedimientos: la inseminación artificial, que implica el depósito de una cantidad de espermia en un fondo del saco vaginal de la mujer para obtener así su fecundación.

Por otro lado, la fecundación in vitro, que se lleva a cabo necesariamente afuera del seno materno. La fecundación, entonces, en lugar de realizarse en la trompa de Falopio, se realiza en el laboratorio. (CUTULI, 2010, p. 11)

Junquera y Torres (2013) Entienden por Reproducción Asistida todas las técnicas biomédicas empleadas en favorecer directa o indirectamente a la fecundación de los óvulos. p. 18

Sin embargo, hoy se está imponiendo desde el mundo de la ciencia la diferenciación entre Técnicas de reproducción Asistida (...), que vendría a ser todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación in vitro de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos, con el propósito de conseguir un embarazo. Dicho tratamiento abarcan, no solo, las siguientes técnicas: la fertilización in vitro y Vitro y la trasmisión de embriones, trasmisión intratubarica de gametos y de cigotos, la Trasmisión de embriones a las trompas, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de ovocitos y de embriones y la gestación de subrogación. No se incluye la inseminación artificial utilizando el espermatozoides de la pareja de la mujer o de donante. (JUNQUERA y TORRES, 2013, p.18) y Reproducción Médicamente Asistida, donde ya quedan incluidas todas las técnicas y tecnologías reproductivas, entendiéndose por tal la reproducción conseguida por medio de la ovulación inducida, la estimulación ovárica controlada, la ovulación de activación, los procedimientos de Técnicas de Reproducción Asistida (TRA) mencionadas anteriormente, y la inseminación intrauterina, intracervical e intravaginal con semen de la pareja de la mujer o de donante. (JUNQUERA y TORRES, 2013, p.19) Podemos emplear varios criterios de división de las mismas:

- Técnicas DE Baja Complejidad: entre las que tendríamos la simple inducción a la ovulación y la estimulación de la ovulación.
- Técnicas de Mediana Complejidad: aquí tenemos la Inseminación Artificial (IA).
- Técnica de alta Complejidad: la Fecundación In Vitro (FIV) y la Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI)

2.1.9.1. La inseminación Artificial

Han sido diversos los autores que han conceptualizado a la inseminación artificial, los componentes comunes de estas descripciones nos permiten delinear como un conjunto de técnicas inventadas por el hombre, independientemente de la forma natural, destinadas a poner en comunicación los elementos ontogenéticos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el ovulo, con el resultado de una fecundación. (BRENA, 2010, p. 2). (ADERA, CIENCIAS, LAMAS, 2009, p. 6)

Este método consta de dos partes, En un primer punto está la producción del semen a través de la masturbación; y en un segundo punto está la inseminación artificial propiamente dicha, que se realiza en los días de ovulación.

La IA es procedimiento que tienes como fin depositar el semen en el interior del útero para facilitar el encuentro entre los espermatozoides y el ovulocito sin que exista contacto sexual. Dividiremos la IA según la procedencia de la muestra espermática en inseminación de la pareja, cuando el esperma es de la propia pareja, y el donante, si se utiliza semen de banco. Actualmente, y gracias a las técnicas de lavado seminal y capacitación espermática, es posible eliminar el plasma seminal y concentrar reducidos volúmenes de espermatozoides provistos de una movilidad progresiva e inyectarlos en el interior de la cavidad uterina.

En el caso de la subrogación uterina, el uso de la IA compromete que la progenitora subrogada aporte siempre el gameto femenino (ovocito), por lo que el menor tendrá la aportación genética de la progenitora subrogada. En el caso de que también se utilice semen del aportante, no habrá ninguna clase de aportación genética por parte de la pareja en el menor nacido. Solo se realiza la IA cuando existe patología tubárica (obstrucción de las trompas de Falopio); en caso contrario, debe recurrirse a la FIV. (BOADA Y Otros, 2010, p. 16)

Existen tres tipos de inseminación: La inseminación fuera del matrimonio, la inseminación homóloga (IAC) y la inseminación heteróloga (IDA) La primera se utiliza en el caso de una mujer que quiere tener un hijo, pero no marido. La segunda se realiza con el esperma del compañero y la última se realiza a una mujer ya casada, pero con esperma del donante, esta técnica es utilizada, por ejemplo en los casos de esterilidad masculina. (ADERA, CIENCIAS, LAMAS, 2009, p. 7)

2.1.9.1.1. Naturaleza Jurídica

Respecto a la naturaleza jurídica de la inseminación, Brena Sesma Ingrid (2010) la considera un acto jurídico. Para dirigir una inseminación artificial es indispensable un pacto de voluntades, sobre el objeto que se busca y la consecuencia que produjera. Se encuentra una finalidad mediata y una inmediata, la inmediata es lograr una fertilización, la cual presupone, si no se presenta ninguna situación adversa, la mediata: el nacimiento de un hijo. p. 3

La fémina cede su permiso para que se utilice su organismo, con la inclusión del esperma, pero también el permiso dado implica la aprobación de la maternidad del menor procreado. El donador del semen reconoce que su esperma sea propósito de una inseminación artificial, pero no necesariamente acepta la paternidad del menor nacido como consecuencia de los métodos genéticos, como será el caso del donador anónimo, EL cónyuge o pareja estable acepta tanto la inseminación como paternidad del menor que nace. Los expertos que realizan la inseminación también son inventores que manifiestan su voluntad de realizar a cabo la inseminación y esta manifestación será beneficioso para el caso de limitar su responsabilidad en el acto. (BRENA, 2010, p. 3)

2.1.9.2. La fecundación in vitro (FIV)

La FIV es un método que consiste en una serie de técnicas médicas y biológicas a dedicadas a facilitar la fusión de ovocitos y espermatozoides en el laboratorio, con objeto de conseguir unos embriones que se encajara en el útero para lograr la gestación. (BOADA Y Otros, 2010, p. 17). Es decir La fecundación del ser humano no se ejecuta en el aparato reproductor femenino como en el método anterior, sino en el laboratorio. (ADERA, CIENCIAS, LAMAS, 2009, p. 7)

La FIV comienza habitualmente con la incitación de los ovarios mediante el uso de fármacos, cuya acción es semejante a la de ciertas hormonas producidas por una femenina. La finalidad de este proceso es conseguir el desarrollo de varios folículos, en cuyo interior se localiza en los ovocitos. EL proceso de estimulación ovárica se verifica habitualmente mediante el estudio de los niveles de ciertas hormonas ováricas en la sangre o ecografías vaginales que informan la cantidad y tamaño de los folículos en desarrollo. La dosificación y pautas de administración se controlan a las características clínicas de cada paciente, y la solución al tratamiento puede variar. BOADA Y Otros, 2010, p. 17)

Los ovocitos se separan mediante la función de los ovarios y la aspiración de los folículos, bajo visión ecográfica y por vía vaginal. Los ovocitos extraídos se desarrollan y clasifican en el laboratorio. La cantidad de ovocitos que se sacan en la función depende de la solución de cada fémina al tratamiento hormonal realizado, por lo que su desarrollo y calidad no puede predecirse con precisión. Una vez obtenidos los ovocitos, el laboratorio deberá colocar a los espermatozoides procedentes de la pareja, o de un donante, para poder inseminarlos. (BOADA Y Otros, 2010, p. 17)

EL semen se aprecia en el laboratorio con la finalidad de elegir los espermatozoides más apropiados para la fecundación. Existen dos técnicas diferentes de inseminación: La FIV convencional, en que los ovocitos y espermatozoides se cultivan simultáneamente en el laboratorio, en limitaciones favorables para el vínculo espontáneo (fecundación) y la microinyección espermática, en la que la fecundación se realiza suministrando un espermatozoide en cada ovocito. (BOADA Y Otros, 2010, p. 17)

Al día siguiente de la FIV o ICSI se determina por la cantidad de ovocitos fecundado o embriones. En los días siguientes, los embriones se mantienen en cultivo para que se inicien las primeras divisiones embrionarias, y se aprecia la cantidad y condición de aquellos que continúen su desarrollo. Los embriones se conservan en el laboratorio por un lapso de 2 a 6 días, tras lo cual se inicia la transferencia. (BOADA Y Otros, 2010, p. 18)

La transferencia embrionaria consiste en el depósito de los embriones en la cavidad uterina a través de la vagina (...). Con la finalidad de favorecer la imposición embrionaria se finaliza en un tratamiento hormonal. La cantidad de embriones se trasladan al útero no puede superior a tres periodos por precepto legal, con el fin de impedir en lo posible una gestación compuesta. En el proceso de encontrar embriones variables restantes no se transfieren en este ciclo se criopreservación para emplear en ciclos subsiguientes. (BOADA Y Otros, 2010, p. 18)

En los casos de la subrogación uterina mediante FIV, existen diversas situaciones según el inicio de los gametos empleados (ovocitos y espermatozoides) y si la entrega de los embriones se ejecuta en un lapso reciente o mediante la transmisión de embriones anticipadamente congelado. En la primera elección debe haber sincronización entre los periodos ovulatorios de ambas féminas (subrogantes y subrogadas), lo que se alcanza mediante la asistencia de fármacos. Cuando ello no es posible, el enfriamiento de todos los

embriones deja posponer la transferencia de la madre subrogada hasta la ocasión que se considera más pertinente y apropiado a la reserva de esta. (BOADA Y Otros, 2010, p.18)

2.1.9.2.1. Fundamento de la inseminación

La sexualidad puede crear deleite o gozo, según como se la viva. Si es solo registrar a sí mismo, ceder ratos de placer, fugaces como todo individualismo, Por el contrario, la sexualidad como don de si a la persona querida del otro sexo, y con iniciación a la fecundación da el goce que mantiene como toda obra madura, al margen de los ratos de aflicción de nuestra naturaleza resulta inexcusable. (SCALA, 2009, p. 40 y41)

La inseminación es un método destinado a reparar una cuestión de infertilidad o de impotencia para la fecundación, surge cuando la inseminación natural no es probable por anomalía física del cónyuge o de la fémina, por incapacidad para la ascensión inherente de los espermatozoides o porque el semen que ingresa no es fértil. Lledo llague, expresa que la inseminación artificial debe ser considerada como un resultado terapéutico “pero jamás como un dilema de procreación latu-sensu, para parejas fértiles y menos sin constituir pareja, como sujeto individualizados que quieran favorecerse de las ventajas del procedimiento. (LLEDÓ YAGUÉ (n.d.) p. 342, citado por BRENA, 2010, p. 4)

La infertilidad y la esterilidad son términos distintos, pero ambos se refieren a “la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja de la pareja”. No obstante no hay exactitud en la definición, así que de manera general se puede establecer que la infertilidad es la ausencia de fertilidad, esto es, la capacidad de tener hijos. La esterilidad indica una incapacidad total y permanente de concebir o fecundar. (FLORES 2007, p. 101)

La impotencia puede ser ocasionada por trastornos psíquicos, neurológicos y hormonales o simplemente un mal estado general no específico, de origen orgánico. “Por eso es que mediante el uso de algunas técnicas de procreación asistida, se solicita a un extraño a la pareja que sea donador del gameto ya sea femenino o masculino, en su caso. (FLORES 2007, p. 102)

La inseminación artificial en ninguna ocasión debe ser empleada como suplente de la relación sexual natural. Su argumento necesita de un aporte médico que señale la oposición de la pareja para engendrar por medios naturales. En medida que la inseminación artificial se justifique, será aceptada por la sociedad. (BRENA, 2010, p. 5)

2.1.9.2.1.1. Científica

La sociedad científica admite ya que ella misma la ha inventado, las praxis inseminatorias. La inseminación artificial observa un problema médico, el de las parejas estériles que habiendo consumido otras medidas terapéuticas, deciden dominar a las técnicas que la ciencia propone para realizar la fertilización. (BRENA, 2010, p. 5)

2.1.9.2.1.2. Religiosa

La congregación católica aprueba la práctica de la inseminación homóloga, pero considera la heteróloga como una repulsión y una desorganización moral punible. Pio XII se vocalizó en el IV congreso Internacional de Médicos Católicos, del 29 de septiembre de 1979... La Fecundación artificial en los esponsales creadas por un tercero es igualmente inmoral y; como tal debe censurarse.

El magisterio Vaticano ha expresado, conseguir gametos de una tercera persona para colocar esperma o de óvulos constituye una profanación del compromiso mutuo de los cónyuges y de la una carencia peligrosa contra aquella posesión esencial del matrimonio que es la unidad (CARDENAS, (n.d.) p. 18, citado por BRENA, 2010, p. 4).

El cristianismo, ha estimado la fecundación artificial heteróloga “moralmente ilícita la fecundación de mujer casada con el esperma del marido de un ovulo no procedente de su cónyuge. En cuanto a la maternidad sucedánea, considera que es contraria, en efecto, a la unidad del matrimonio y a la estimación de la persona humana. (1987, p. 10, citado por BRENA, 2010, p. 6) A lo que se refiere a la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio, lo permite en el caso: “que el centro técnico no sustituya al hecho conyugal, sino que sea una gran ayuda para que se alcance su objetivo natural. (BRENA, 2010, p. 5)

2.1.9.2.1.3. Legal

2.1.9.2.1.3.1. Inseminación Homóloga (Inseminación artificial conyugal)

La inseminación de la mujer casada, con esperma de su pareja no simboliza, en realidad, colisión de orden jurídico. El hijo nativo como producto de ella es hijo de matrimonio, su identificación y coherente situación jurídica está previsto en los reglamentos. Existe una afinidad entre la filiación consanguínea y la legal, la limitación jurídica del menor está comprobada y el progenitor es aceptado por sus padres y toda su familia. (BRENA, 2010, p. 7)

2.1.9.2.1.3.2. Inseminación Heteróloga

(...)Las respuestas más sustanciales inclusive han llegado a confirmar que esta inseminación constituye un delito de adulterio y que como tal debe ser tratado. (BRENA, 2010, p. 7) Por ejemplo En Italia en los intermedios en los años cincuenta, se consideró a las mujeres que acceden a la practicas inseminarías en su cuerpo, con semen que completo e incompleto sea de su esposo, como responsables de una falta. En la inclinación jurídica se concentraba en la castidad de la sangre de su estirpe. Inseminar a una mujer casada con esperma de un tercero compromete a la familia una genética diferente.

En el reglamento mexicano no se ha estandarizado la inseminación heteróloga como delito, aun cuando no medie la aprobación del esposo, el adulterio implica la relación carnal con personas de distinto sexo que haya sido cometido en el hogar conyugal o con alboroto. Sin relación sexual, la inseminación no se configura como adulterio, al contrario, la Ley General de Salud regula, siempre que esta se ejerza después de haber logrado la aprobación de la mujer y el esposo. (BRENA, 2010, p. 8)

2.1.9.2.1.3.3. Inseminación de la mujer soltera

La inseminación de la mujer libre idealiza otra problemática. ¿Tendrá derecho una mujer a plantearse una inseminación, ya sea con asistencia genética de su pareja permanente o de un donador anónimo? La norma española permite la reproducción asistida siempre y cuando que la fémina sea mayor de edad y que este en su plena capacidad para ejercer, con individualización de su estado civil. (BRENA, 2010, p. 8 y 9)

2.1.9.2.1.3.4. Inseminación post mortem

En esta inseminación no se alude al donador anónimo que almaceno su esperma en el banco, y que fallece después, sino en aquellos casos en que el donador es afamado, esposo o pareja del cónyuge, y expone su voluntad para que la inseminación se ejecute después de su muerte. La ley española la aprueba, pero solo en ciertas eventualidades y reglas, entre ello, la afirmación de voluntad del donante y que la inseminación se realice después de su deceso. (...) Las corrientes a su aceptación mantiene que la muerte pone fin a la persona y si la inseminación se realiza una vez que el donador a muerto, ese retoño no tiene padre, puesto que no puede tener esa calidad quien ha dejado de existir. (BRENA, 2010, p. 9)

2.1.9.2.1.4. Consecuencias Jurídicas

En la inseminación homóloga, cuando el donador del semen es el cónyuge de la fémina inseminada, este es el padre innato del menor nacido como respuesta de esta inseminación. La orientación del padre biológico y el padre legal se reconoce. La naturaleza jurídica del menor, su filiación materna y paterna, será identificada y el menor aceptado por ambos cónyuges y también de todo clan. Su situación de hijo producirá todas las consecuencias legales previstas en las legislaciones, entre ellas, patria potestad, alimentos y derechos sucesorios.

En el incidente de inseminación Heteróloga, consentida por la fémina y por el esposo, la madre está atada a su menor por filiación biológica, en diferencia el marido que consistió la inseminación, instaura una filiación a través de lo que la ciencia moderna denomina “voluntad procreacional”, que es la satisfacción de tener a un hijo como propio aunque no lo sea. La realidad de la inseminación artificial en el cuerpo de su esposa, es la base creadora del vínculo de filiación y de la verdad biológica con todas las consecuencias legales, entre ellas la creación de un verdadero status familiae. (BRENA, 2010, p. 13)

Si la fémina que se practica la inseminación artificial es libre, habrá de deslindar si convive con una pareja permanente o no. (...) En las normas italianas, francesa y sueca, solicitan de un consentimiento de la pareja.

Por otro lado, en las consecuencias jurídicas de la inseminación post mortem. (..) La personalidad concluye con la muerte, (...) no estará dentro de los límites de presunción y por lo tanto, no tendría derecho al nombre ni a un patrimonio y menos aún a la vinculación parental con el clan del propietario del semen. (BRENA, 2010, p. 15)

2.1.9.2.2. La donación de gametos y embriones en el procedimiento de fecundación invitro

2.1.9.2.2.1. Donación de embriones gametos

La transferencia de embriones congelados es un procedimiento que se utiliza en algunos tratamientos para la fertilidad, el cual comenzó a tener auge a partir de la década del '80. Esta transferencia permite a las mujeres poder almacenar sus embriones en una cámara de criopreservación hasta que estén listas para poder someterse nuevamente a otro tratamiento de fertilidad o para concebir a otro bebé. Esta transferencia de embriones congelados también puede ser utilizada por parejas que no pueden producir óvulos

saludables, pero aun así ser capaces de llevar adelante un embarazo a término. (Recuperado en http://español.pregnancy-info.net/transfereencia_de_emnriones.html).

2.1.9.2.2.2. Ovodonación

Consiste en la fecundación de los óvulos de una donante anónima con el semen del marido de la paciente, obteniendo embriones en el laboratorio y transfiriéndolos al útero. (CUTULI, 2010, p. 12)

La mujer que va a recibir dichos óvulos es tratada con una medicación (administración de estrógenos durante un período mínimo de 10 días) que va preparando el útero para recibir al embrión y permitir su desarrollo, aunque como no utilizará sus propios óvulos no será necesario estimular la ovulación. (Recuperado en http://espanol.pregnancy-info.net/transfereencia_de_embriones.html)

Estos óvulos surgen generalmente de las mismas mujeres que están realizando un procedimiento de fertilización in vitro que tienen óvulos sobrantes y aceptan donarlos. En los casos que estas mujeres donantes no estén realizando ningún tratamiento de fertilización, hay que estimularles la ovulación y luego, mediante una punción, se obtienen los óvulos. Previo a todo lo expuesto se debe realizar un chequeo médico para verificar la compatibilidad. (CUTULI, 2010, p. 12).

2.1.9.2.2.3. FIV con gametos propios

En el ejemplo típico de las parejas heterosexuales en que la fémina ovula correctamente y el varón no muestra ninguna patología seminal. La única cuestión es la separación o incapacidad uterina, En estos caos la incitación de la ovulación y la puncion folicular se realiza en la mujer afecta, Los ovocitos se inseminan con el semen de la pareja y los embriones se trasmiten a la madre subrogada, quien solo es portadora de la gestación. El niño nacido será genéticamente hijo de la pareja. (BOADA Y Otros, 2010, p.18)

2.1.9.2.2.4. FIV con gametos donados

2.1.9.2.2.4.1. Semen de donante

Esta alternativa se desarrolla en mujeres sin pareja masculinas (solas o con pareja femenina) o cuando el varón presenta un factor masculino muy severo. En el caso que la estimulación de la ovulación y punción folicular la realiza la fémina de banco, por lo que el menor nacido será genéticamente de la fémina subrogadante, mientras la contribución

paterna es del donante que asiste el espermatozoide, la fémima subrogada solo es portadora de la gestación. (BOADA Y Otros, 2010, p.19)

2.1.9.2.2.4.2. Ovocito de donante

Esta elección suele desarrollarse cuando la fémima asiste un problema ovulatorio, además del propiamente uterino. En este caso puede notarse en dos situaciones diferentes:

- Cuando la progenitora subrogada, además de portadora de la gestación, aporta también el ovocito. La incitación de la ovulación y la punción folicular se realiza en la mujer subrogada, los ovocitos se cubren con el semen de la pareja, por lo que el menor nacido tendrá la aportación genética paterna de esta y materna de la madre subrogada
- Cuando la progenitora subrogada solo es portadora de la gestación y hay una tercera persona que interviene como donante de ovocitos. El estímulo de la ovulación y punción folicular se desarrolla en la donante de ovocitos. El semen con el que se inseminan estos procede de la pareja y de los embriones se pasan a la madre subrogada, que únicamente portadora, En este caso, el menor nacido tiene la contribución genética paterna de la pareja y materna de la donante de ovocitos. (BOADA Y Otros, 2010, p.19)

2.1.9.2.2.4.3. Ovocito y semen de donantes:

Es la que menos frecuente y se realiza únicamente cuando la mujer presenta un problema ovulatorio, además del uterino, y el varón presenta también un factor masculino muy severo u parejas masculinas (muer sola o con pareja femenina). También existen dos opciones, según si la progenitora subrogada es la portadora el ovocito o si se recurre una donante externa. (BOADA Y Otros, 2010, p.19)

2.1.10. La reproducción Humana y la Autonomía de la Voluntad

Existen diversas opiniones, tanto a favor como en contra, respecto a la aplicación de las diferentes técnicas de reproducción asistida, especialmente tratándose de la fecundación in vitro (FIV). En el caso de la reproducción asistida homóloga, la tendencia ha sido la de una cada vez más creciente aceptación en los ordenamientos jurídicos, dejando de lado las objeciones de diversas religiones. Más polémica, resulta la reproducción asistida heteróloga. Algunos autores se oponen a ella, por ejemplo, considerando que en tal supuesto intervienen componentes genéticos extraños al marido, a la mujer o a ambos, asumiendo el criterio de que ningún ser humano tiene derecho, desde un punto de vista

ético, a disponer de sus componentes genéticos (CÁRDENAS QUIROS, 1994, p. 85 citado por CARDENA KRENZ, 2014, p.75), por lo menos de esta manera.

Empero, hay quienes, invocan precisamente la autonomía de la voluntad para justificar el uso de esta técnica, ya que se trataría de una decisión que adopta libremente una persona con el objeto de traer otra vida a este mundo, cumpliendo así con su deseo de reproducirse y crear una familia cuando por vías naturales no puede hacerlo. (CARDENAS, 2014, p. 75)

Para poder ejercer su libertad, antes de la aplicación de estas técnicas, la persona debe estar suficientemente informada sobre en qué consisten, qué ventajas y riesgos ofrecen, qué implicancias tienen, etc., además de los riesgos propios de la hiperestimulación ovárica cuando ella es requerida. Vale decir que la Ley General de Salud autoriza recurrir a las TERA, siempre que la madre biológica y la madre gestante sean la misma persona; asimismo, prohíbe expresamente la clonación (Artículo 7 de la Ley General de Salud 26842).

Como vemos, desde la procreación humana asistida, lo biológico ya no comprende lo genético, ni viceversa, por lo que si antes se distinguía entre lo biológico y lo voluntario, hoy podemos ver que existen tres criterios diferenciados: genético, biológico y voluntario, que dan lugar, a su vez, a tres verdades: (CUTULI, 2010, p. 31)

- La verdad genética: según la cual el elemento determinante en la paternidad y/o maternidad es el genético. Para esta verdad lo relevante es haber aportado el material genético.
- La verdad biológica: se basa en el vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon, que va más allá del aporte genético. Importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo con el nacido.
- La verdad voluntaria o consentida: la filiación queda determinada por el elemento volitivo. El elemento determinando de la filiación es la voluntad. (CUTULI, 2010, p. 31)

Rivero Hernández (n.d.), autor español, entiende que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido mediante la utilización de fecundación asistida, como categoría jurídico formal, es la voluntad o decisión de que ese ser naciera “no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para el nacimiento concreto), sino porque los demás elementos biológicos o genéticos pueden ser sustituidos todos (...) Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto para un

determinado nacimiento, es el acto de voluntad de una pareja, casada o no excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación, (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y, entiende el autor, que no es verdadera causa eficiente del nacimiento en cuestión”. p. 146 citado por (CUTULI, 2010, p. 31).

Es dable destacar que el aspecto volitivo en la atribución del vínculo filiatorio tiene una importancia significativa, pudiendo éste coincidir o no con la relación biológica. Si vemos el caso de la adopción, el protagonismo de la voluntad no se discute. A este tipo de filiación se la ha caracterizado como filiación “electiva”, todo ello en razón del papel decisivo del pretense adoptante para que se selle el vínculo legal. Esto mismo se podría decir en el caso de las técnicas de reproducción asistida, por la importancia volitiva de las personas que buscan acceder a las mismas. De todas formas, la importancia de la voluntad tiene vigencia, en mayor o menor medida, en todo el género filiatorio, cualquiera sea su especie. Este elemento volitivo aparta no pocas veces el vínculo de filiación de su soporte biológico en provecho de la noción de maternidad o paternidad “de intención”, o sea, ponderando la voluntad procreacional (CUTULI, 2010, p. 31)

2.1.11. Nuevas formas y concepto de paternidad y maternidad

Tanto la Inseminación Artificial (IA) como la fecundación extracorpórea (FEC) puede ser interconyugal, con material genético (ovulo y semen) del marido o mujer, supraconyugal, con material del tercio o mixto. Realizada con la elaboración de componentes genéticos de dos o más varones.

2.1.11.1. Interconyugal

La inseminación interconyugal, también llamada homologa, no crea mayor dilema, puesto que hay un vínculo matrimonial que se le brinda seguridad a dicha práctica y sus consecuencias; asimismo, la unión de hecho le brinda una presunción legal de paternidad al producto de la concepción. (...) el objetivo de una técnica de reproducción asistida es generar vida sin alterar su desarrollo luego de producida la fecundación, por lo que una vez generada aquella la misma debe ser respetada, no demos confundir el propósito procreativo (generación de vida) con el eugenésico (selección de vida). Cuando se recurre

a una técnica de reproducción asistida debemos asumir el riesgo que se corre en toda procreación natural respecto a la potencial presencia de anomalías cromosómicas en los hijos concebidos, sin escoger quien merece o no vivir. (Varsi, 2013, p. 407 - 411)

2.1.11.2. Supraconyugal

Asimismo es llamada heterologa, crea situaciones en parte nada seguras puesto que con el cedente se carecen de una relación jurídica filial reconocida para requerir el desempeño de obligaciones legales (alimentos), derechos obtenidos (trasmisión sucesoria), deberes naturales (reconocimiento), denegación de vínculos filiales (impugnación de paternidad), entre otros. (...) se relaciona con la técnica de cesión de gametos. (...) suprime la unitas carnis el coitus, lográndolo en el laboratorio. Esta técnica procreativa tiene bastante uso en mérito del ejercicio del derecho a la procreación a través del cual se facilita a quienes no pueden tener hijos propios encargarlos a un tercero mediante sus componentes genéticos. Esta técnica encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia y el derecho a procrear, la igualdad y la libertad. Dentro de todos los cuales nacen y se desenvuelve el derecho a la procreación. (Varsi, 2013, p. 411 y 412)

2.1.11.3. Del acto de la cesión

(...) tiene como objetivo la creación de vida humana. (...) la cesión de gametos es lícita en la medida en que se respete la dignidad de las partes intervinientes. (...) Los actos de cesión tradicional se sustentaron en consentimiento, gratitud y anonimato. Siendo el primero el que más se ha reforzado mientras que los otros se debilitaron

2.1.11.3.1. Cesión del material genético del hombre

En un caso especial y exclusivo denominado espermatodonación.

2.1.11.3.2. Cesión del material genético de la mujer

a) Ovodonación:

La fémina cesionaria tiene una imperfección ovárica, no origina óvulos, pero si se puede preparar por lo que necesita de una fémina que solo le otorgue óvulos. Es un tema de maternidad parcial. Se ocasiona un caso de trigeneracion humana: 1) Espermatozoides del

marido, 2) Óvulos de una cedente y 3) Gestación de la mujer cesionaria de óvulo. La madre procreante no es la misma que la gestante. (Varsi, 2013, p. 413)

b) Madre sustituta:

Dado que en este caso La fémina ni genera óvulos ni puede gestar, hay defecto ovárico y uterino por lo que debe investigar a una mujer que cumpla con dichas funciones que permitan ser fecundadas y complete el proceso de gestación. Es un ejemplo de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido e 2) Inseminación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante. Es un caso de derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente. Hay una mujer que necesita un óvulo y que los gesten. (Varsi, 2013, p. 413)

c) Embriodonación:

En la cuestión de la infertilidad completa de la pareja. La mujer no genera óvulos (puede eventualmente gestar), hay imperfección ovárica y uterina, y el varón es infértil por lo que se debe indagar a un cedente de esperma y una fémina que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un ejemplo especial de procreación humana integral. Se produce una multigeneración humana: 1) El embrión es de una pareja cedente, 2) El marido es infértil y 3) El embrión es gestado por una tercera mujer o por la propia cedente del óvulo. La madre procreante puede o no ser la misma que la gestante. (Varsi, 2013, p. 414)

d) Madre portadora:

La fémina produce óvulos, pero tiene una deficiencia uterina que no permite gestar, por lo que se busca a una mujer que le apoye con ella en dicha labor biológica. Es un caso de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera. Hechos extremados son la bilateral maternidad portadora. Como aquel mostrado en 1997 en Italia, cuando se denunció el embarazo de dos embriones de pareja distintas en la matriz de una mujeres. Las dos progenitoras genéticas no podían fecundar niños por un padecimiento al corazón en un caso y por falta de matriz en el otro. (Varsi, 2013, p. 414)

2.1.11.4. Clases o grados de paternidad

Expresar que un individuo es padre de otra persona no implica la coexistencia de un nexo biológico, este enunciado se ampara en que ser progenitor compromete a ejercer oficiosamente y veladamente asistiendo a la prole; mientras que el vocablo progenitor advierte un nexo biológico entre un individuo y otro, por tanto uno es el genitor y el otro el generado. Bajo esta perspectiva María Dolores Vila-Coro citado por Varsi, determina las categorías de paternidad en el posterior orientación: (Varsi, 2013, p. 275)

2.1.11.4.1. Paternidad plena:

El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le concede la calidad de padre legal. Tiene una figura física en el lugar, en el desarrollo del niño y profesa los derechos y obligaciones paterno-filiales. (...) en la que no encuentra disociaciones entre el aspecto biológico y legal.

2.1.11.4.2. Paternidad Referencial:

Es el padre cuyo niño no disfruta de su asistencia física, pero tiene referencia de él que le asisten a desenvolverse dentro de los márgenes de una familia con sus antecedentes y su linaje. El niño percibe la identidad de su padre (profesión, rasgos, etc). Se puede presentar en dos sucesos: -aquella que incumbe al niño de una pareja en la que el esposo ha muerto o se encuentra en ausencia; y – aquella que se da por fertilización post mortem, el niño obtendrá conciencia de la identidad de su padre.

2.1.11.4.3. Paternidad social:

En esta el progenitor ha de engendrar al niño, pero no cohabita con él, de tal manera que su vínculo no tiene una consecuencia legal, pero si contiene un aspecto emocional, ya que le posibilita a un varón ostentar la imagen de padre.

2.1.11.4.4. Padre excluido:

Es aquel progenitor que, producto de un procedimiento de reproducción, ha concedido su elemento genético (de forma incógnita pues prima la discreción de identidad) sin

comprometerse de asumir una paternidad, privada del derecho de saber su identidad del niño procreado con su semen. El niño no cuenta con la presencia del padre ni con su presencia referencial. (Varsi, 2013, p. 276 y 277)

2.1.11.5. Hacia una Maternidad Voluntaria

A diferencia de lo que ocurre en el tema de paternidad, en la que la imagen del progenitor se suele exhibir como una ocupación social y jurídica, la maternidad constantemente se mostró asociado al nexo biológico que se implanta entre la madre y niño mientras la etapa gestacional. Por lo mismo una de las incógnitas es si se puede separar la imagen de maternidad de aquel supuesto biológico. A continuación se expondrá las posturas sobre el presupuesto determinante de la maternidad.

2.1.12. Maternidad subrogada

Tanto la donación de gametos masculinos y femeninos de manera anónima, como la donación o adopción de embriones son, en nuestros días, un procedimiento de las técnicas de reproducción asistida, y son cada vez más requerida. (SANTOS 2007, p. 157 citado por RUBIO, 2012, p.14) De ahí que haya surgido una nueva manera de gestar un niño sin vinculación genética ni gestacional, y haya establecido el concepto de “maternidad subrogada” (RUBIO, 2012, p.14)

Se percibe según la doctrina, por arriendo de útero o maternidad subrogada, el ejercicio a inseminar a una fémina de forma artificial con el esperma del varón contratante o que se le introduzca un embrión maduro con un óvulo de la fémina contratante y el esperma del cónyuge de la fémina contratante, para procrear y/o sobrellevar y parir a un bebe. Una vez venido al mundo, es cedido a la fémina o pareja que encargaron el hecho de gestar, abandonando la que gesto a cualquiera de sus derechos como madre o de filiación de aquel bebe. (BRENA, 2010, p. 10 y 11)

La subrogación uterina es una alternativa de procedimiento para aquella mujer con imposibilidad de gestación, a causas de la ausencia de matriz, y que les faculte tener niños con una genética propia de ellas. (BOADA Y De manera simplificada, entre los preceptos a favor de la licitud se ubican especialmente los fundados en enfoques utilitaristas y contractualistas. Desde la perspectiva utilitarista, mantienen que aquel pacto maximiza la utilidad de los sujetos implicados; mientras que desde la perspectiva contractualista, establece que no hay nada que oponerse a un contrato en el que las partes autónomamente

determinaron. Desde otros puntos de vista, están razonamientos basados en semejantes discrepancias que son opuestos al uso de células sexuales de un tercero, y aquellos sostenidos en la fuerza del vínculo natural existente entre el hijo y la madre. Asimismo desde otra perspectiva, se aduce que aquellos contratos son opuestos a la dignidad del ser humano, tanto de la madre subrogada como la de los natos a raíz de estos acuerdos, con los cuales se comercializan. (LEMA, 1999, p. 138, citado por Lema BRENA, 2010, p. 11)

La terminación subrogación uterina se adhiere cuando el embarazo se lleva a cabo por otra fémima, llamada madre subrogada o portadora; la fémima que exhibe las dificultades reproductivas y que no llevará a término la gestación toma el alias de madre subrogada. (BOADA Y Otros, 2010, p. 13)

La posibilidad propuesta por el advenimiento y el acrecentamiento del procedimiento de fecundación artificial, no sólo concede independizar la procreación de unión sexual entre el hombre y la fémima, sino además que esta pueda producirse sin la intervención biológico-genética y/o consentimiento de otro miembro de la pareja. (Morán, 2005, p. 161)

2.1.12.1.Derecho a la procreación

La procreación comprendida como hecho innato y humano no sólo posibilita la perpetuación de la especie. Esta predilección natural puede impedirse cuando uno o ambos individuos de la pareja adolece del alcance natural de procrear, posición que puede conllevar problema de forma psicológica o discrepancias en las relaciones de pareja. (Morán, 2005, p. 162)

El acrecentamiento de los procedimientos de procreación artificial ha posibilitado que estos individuos puedan llegar a convertir en progenitores o padres sociales a través de la utilización de su propio elemento genético o de terceros. (Morán, 2005, p. 162)

(...) es un derecho procedente del derecho a la integridad, a la vida y a la libertad personal. (...) es un derecho limitado; es decir, la capacidad procreacional del ser humano no es amplia, sino que debe ser realizada dentro de ciertos perímetros fundamentales. Uno de ellos es el respeto, defensa estima que se debe tener con la vida a producirse, dicho sea de paso obliga ser dual, de allí el vocablo procrear (engendrar en conjunto). Primando de todo ello el interés superior del hijo, que si bien aún no coexiste, tiene el derecho a nacer dentro de circunstancias naturales, de hallarse con una familia constituida y de un ambiente apropiado. (Varsi, 2013, p. 399 y 400)

2.1.12.2. Contenidos y aspectos de la libertad de procrear

(...) es la manifestación jurídico-positivizada del valor propio de cada uno de los derechos elementales y autonomía pública que reconoce la Constitución española, consecuencia de la dignidad y la naturaleza del hombre, y el núcleo sustancial personal de cada derecho o libertad que tiene que ver con sus demostraciones específicas. (Morán, 2005, p. 166)

Una primera postura ratifica que la autonomía, la libertad personal e intimidad en la decisión familiar, apreciadas como valores de jerarquía superior que facultan afirmar la coexistencia del derecho a procrear, ya sea natural o por medio de reproducción artificial. Desde este punto de vista, la libertad del individuo es el patrón, mientras que cualquier restricción de la misma debe considerarse como una excepción. Por esa razón, la actuación de la libertad personal no sólo faculta escoger cuando y con quien sino también el cómo. Los protectores de esta postura afirman que contemplar el derecho a procrear constituye preservar la fecundación natural pero a la vez también la reproducción artificial ya que no se hallan desigualdades entre uno y otro método de procreación que acredite una diferente contemplación legal. (...) oponerse al acceso al procedimiento de reproducción asistida, sería constituir una manera de discriminación no protegida por los textos constitucionales e internacionales. (Morán, 2005, p. 168)

Así, el derecho a procrear se halla contenido por los siguientes componentes: (a) el derecho a constituir una familia, (b) el derecho a disponer responsable y libremente la vida y el tiempo entre sus descendientes, (c) el derecho de acceder a la documentación e instrucciones acerca de planificar su familia, (d) el derecho de accesibilidad de los procedimientos y asistencias vinculados con el procedimiento de la esterilidad, incluyendo la fecundación artificial. (Morán, 2005, p. 168)

Morán (2005) considera que el derecho a procrear como manifestación de la libertad personal no se puede comparar con el derecho a tener relaciones sexuales o el derecho a apelar a los procedimientos de reproducción asistida. Es en sí, la práctica de la libertad personal en correlación con la actividad procreativa, y en ese orden, se puede ratificar que este suceso ampara la disposición natural de procrear y no los hechos proclives a la procreación. (p. 169)

(...) el derecho a la reproducción es el derecho a procrear al propio nacido, y por consiguiente, no coexistir un derecho a procrear con procedimientos de reproducción artificial. (Morán, 2005, p. 170)

2.1.12.3. Fundamentos de la libertad de procrear.

Los fundamentos del derecho a la reproducción se pueden efectuar por dos rutas diferentes. Considerando un derecho independiente procedente de la propia dignidad del individuo, con un contenido determinado y sometido a sus propios linderos, o comprender que se encuentra identificado de modo implícito en otras normatividad jurídica y, consecuentemente que está sujeto a las idénticas restricciones de los derechos de los que procede. (Morán, 2005, p. 170)

2.1.12.3.1. El right to reproduce en el Derecho norteamericano

A pesar que los tribunales norteamericanos no han reconocido expresamente la presencia de un derecho a procrear entendido como un derecho de contenido positivo; es decir, como un derecho a tener hijo, si han considerado diversos aspectos relacionados con la procreación. (Morán, 2005, p. 171)

En el año 1942, con la sentencia del caso *Skinner v. Oklahoma*, los jueces norteamericanos reconocen la existencia del derecho a la reproducción en relación con una Ley que ordenaba la esterilización obligatoria de personas condenadas por la comisión de determinados delitos. En este sentido, el Tribunal Supremo lo consideró como uno de los derechos fundamentales del hombre cuya tutela permite actuar contra cualquier interferencia estatal en la capacidad reproductiva de las personas. En 1973, la sentencia del caso *Roe v. Wade* reconoció el derecho de la mujer al aborto. La Corte Suprema extendió el concepto del derecho a la intimidad (*right to privacy*), a la protección de ciertos aspectos relacionados con la vida marital, la familia y la procreación, motivo por el cual toda intervención estatal debía ésta plenamente justificada en un interés superior. (Morán, 2005, p. 172)

En 1992, la sentencia del *Planned Parenthood v. Casey*, fundamenta los derechos reproductivos en el derecho a la intimidad (*right to privacy*) y en la libertad personal (*liberty*). El Tribunal reconoció el derecho de la mujer al aborto aun contra la voluntad del marido, entendiendo que la decisión de interrumpir el embarazo forma parte de la esfera de decisión de la persona (*chice*) sobre su propio cuerpo y su destino. Esta resolución resulta particularmente interesante, pues la consideración que se tenía del derecho al aborto como límite al poder estatal se traslada al concepto de libertad individual. (Morán, 2005, p. 173)

El célebre caso Baby M, hace una mención indirecta al right to reproduce. En la sentencia el juez de la Corte Superior de Nueva Jersey señala que el entorno del derecho a procrear no solo engloba la protección de la decisión de cuándo procrear, sino que también se extiende a la decisión sobre cómo (how to procreate) ejercer dicha libertad. En este sentido, el Tribunal Superior estableció que el derecho a procrear incluía el recurso a la fecundación mediante unión sexual y a la realizada mediante técnicas de reproducción artificial, entre ellas, el recurso a la maternidad subrogada. (Morán, 2005, p. 173 y 174)

2.1.12.3.2. El derecho a procrear en el ordenamiento español

En nuestro sistema jurídico (...) la doctrina no considera la presencia de un derecho a procrear, y aun cuando se arriba a una afirmativa respuesta, los criterios sobre el cual es el cimiento de este derecho suelen ser discordantes.

Vidal Garcia citado por Morán (2005), niega la existencia de un derecho humano a la reproducción o de un derecho a procrear en sentido estricto. El fundamento de su afirmación se encuentra en la naturaleza de la procreación y en la función filosófica-ético-jurídica del concepto de derecho humano, (p. 175)

En cuanto a lo primero, considera que la procreación es un proceso natural, que no puede ser objeto directo de un derecho humano por estar fuera del campo de la libre determinación de la persona. Respecto a lo segundo, señala que la categoría filosófica-ético-jurídica de derecho humano tiene como función la de explicitar, proteger y dar cauce a los bienes exigidos por la condición humana. (...) esto quiere decir que dentro de la categoría de derecho humano no se comprende la procreación como un hecho natural sino como el ejercicio responsabilizado de la función procreativa. Por ello, no existe un derecho a la procreación sino un “derecho a las condiciones que hagan posible el ejercicio humanizado y humanizador de la procreación”, derecho que se encuentra comprendido dentro de más amplio derecho a fundar una familia. (Morán, 2005, p. 176)

2.1.12.3.2.1. El derecho a procrear como derecho a la salud

Rocas y Trias, cimienta el derecho a la reproducción como una de la exteriorización del derecho a la salud reconocido en el articulado 43 del Código Español, apartados 1 y 2. En juicio de esta autora, la infecundidad y la falta de niños, y la probabilidad de transferir afecciones genéticas establece patología de modo físico y psicológico que pueden ser atendidas mediante los métodos de fertilización artificial. (Morán, 2005, p. 177 y 178)

Por otro lado, la apreciación del derecho a procrear como parte del derecho a la salud posibilita el facilita la exigencia al Estado de los recursos sanitarios públicos indispensables para llevar a cabo esta especie de terapia; además, de resolver los esporádicos inconvenientes vinculados con la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación, en especial, de los médicos y equipos concernientes en los sucesos de nacimientos de bebés con taras psíquica o física. (Morán, 2005, p. 178)

2.1.12.3.2.2. El derecho a procrear como derecho a la libertad o derecho a la autodeterminación personal.

Morán (2005), considera que el derecho a la reproducción o derecho a procrear no se puede reducir a un problema de autodeterminación física de la persona, y no lo es en la medida en que la procreación humana considera integralmente, es más que un proceso meramente físico y biológico. En efecto, a través de aquellas da origen a nuevos seres humanos, a la vez que se obliga a los progenitores la ejecución de un conjunto de obligaciones para con sus hijos. (Morán, 2005, p. 180)

2.1.12.3.2.3. El derecho a procrear como derecho a fundar una familia

Ha sido enmarcado dentro del derecho a fundar una familia, que si bien no está explícitamente reconocido en la Constitución española sí aparece como tal en el artículo 12 de la Convención de Derechos Humanos. Prosiguiendo una interpretación extensa y relativista, el derecho en mención admite preservar los intereses que tienen todos los individuos en la vida familiar, abarcando el derecho a detentar y formar hijos. Si algún miembro de la pareja resultara infértil o no puede procrear, mal puede recurrir a su derecho a la reproducción cuando carezca de tal alcance natural; pero, sí alegar su interés y derecho a constituir una familia. De la misma manera, si ambos sujetos resultaran estériles y debe recurrir a un embrión o gameto donado o a una madre subrogada, con ello no estarían ejercitando su derecho a la reproducción pero sí demuestran disposición en mantener una vida de familia. (Morán, 2005, p. 182)

En cambio otro sector ratifica que el derecho a fundar una familia incorpora implícitamente la función procreativa. Este es uno de los derechos inherentes de la personalidad que, como tal, participa de la dignidad de la persona siempre que su actuación responsable y

respetuosa de los derechos de los demás se ejecuten en el ámbito del matrimonio o de una relación heterosexual. El hecho de constituir una familia constituye la actuación de un proyecto humano que apunta hacia la continuación del grupo familiar mediante la prole. (Morán, 2005, p. 182 y 183)

2.1.12.3.2.4. El derecho a procrear según la Ley de técnicas de reproducción asistida

Es posible determinar la fundamentación del derecho a la procreación asumida en la Ley 35/1998 sobre técnica de reproducción asistida, para lo cual habrá que analizar su texto y la Exposición de Motivos. En esta última se plantea a modo de interrogante si existe o no de un derecho a la procreación y si se trata de un derecho a la procreación y si se trata de un derecho absoluto que debe ser satisfactorio sin restricciones. Esta pregunta queda sin una respuesta expresa, aunque unas líneas después se afirman la obligación de proteger los derechos de la fémina a constituir su correspondiente familia en la terminación que decretan los pactos y acuerdos internacionales garantías de la igualdad de la fémina. Asimismo, establece que la legislación debe suprimir cualquier límite que debilite su voluntad de procreación y constituirse en una familia que estime responsable y libremente. (Morán, 2005, p. 183 y 184)

A su vez, el artículo 1.1 LTRAE establece que la finalidad de las técnicas de fecundación artificial es permitir la procreación en tanto otras terapias se hubiesen desechado por inadecuada o ineficaces, constituyendo un tratamiento contra la esterilidad, y en el apartado segundo, añade que las técnicas también podrían ser utilizados en la previsión y medicación de enfermedades de origen o hereditariamente, siempre que estén estrictamente indicadas por el personal competente (Morán, 2005, p. 184)

El artículo 6 LTRAE reconoce la posibilidad de toda mujer, sin necesidad de acreditar una relación de pareja, de acceder a las técnicas admitidas en la Ley, para lo cual se exige como requisitos de haber prestado el consentimiento, explícitamente y por escrito además, ostentar dieciocho años y completa capacidad de obrar. (Morán, 2005, p. 184)

Se relaciona con el derecho a la autodeterminación y a la libertad personal en la medida en que la decisión de procrear permanece en la esfera privada del sujeto. A ello se refiere la Ley cuando reconoce un respeto casi ilimitado a la voluntad de procrear de las personas y, en especial, de las mujeres. Esto supone que en virtud de este derecho, el titular no sólo puede rechazar cualquier injerencia, ya sea que provenga del Estado o de particulares, sino

que también puede elegir el medio para hacerlo, sea de modo natural, sea mediante fecundación asistida. (Morán, 2005, p. 185)

2.1.12.4. Titulares de la libertad de procrear.

Para un sector el derecho a procrear es un derecho de titularidad y de actuación individual, salvo las restricciones procedentes de la misma naturaleza o impuesta por la normatividad, conforme se trate de un hombre o una mujer. Argumentando se aduce que el derecho al matrimonio son de titularidad individual pero que advierte la asistencia de otro individuo. Este suceso ha consentido que para la práctica del derecho a la procreación ya no sea indispensable la asistencia de dos voluntades; bastando solo una, es decir de aquella que ejerciera su derecho. (Morán, 2005, p. 187)

Morán (2005), opina que el derecho a la reproducción configura la colaboración voluntaria, genética y/o biológica en los progenitores que no puede ejecutarse requiriendo a otras personas. Es por ello que no se debe aducir la presencia de un derecho a la fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada como parte del derecho a la procreación. (p. 187)

(...) la efectividad de derecho está limitado a la asistencia de otra voluntad y a contribución de otro gameto para llevar a cabo la fecundación. En este sentido el derecho a la procreación se comprende como un derecho a procrear. Es decir el derecho a procrear es una libertad a título individual pero de actuación mancomunada, esto es, que requiere la voluntad actual y el aporte genético del otro miembro de la pareja. (Morán, 2005, p. 188)

2.1.12.5. Límites de la libertad de procrear.

Para Gómez Sánchez, las restricciones del derecho a la reproducción se hallan en el texto constitucional, y provienen de la actuación de la propia libertad de los demás, de la práctica de los propios derechos y de la ponderación de los derechos de los demás. (Morán, 2005, p. 189). Asimismo Porra Del Corral, estima que el derecho a la procreación no ostenta naturaleza absoluta e ilimitada, sino, que, como a todo derecho, le es consecutivo un deber. (Morán, 2005, p. 189)

Para Vega Gutiérrez las restricciones del derecho a procrear llegan dados conforme a los deberes que pertenecen a cada individuo. Todo derecho subjetivo compromete unas obligaciones-reverso de las aptitudes que supone conformado al mismo periodo como sus límites (...) desde este punto de vista no arraiga hablar de una libertad procreadora absoluta

sino responsable, después de todo primaria el respeto de la dignidad personal del fecundado ante sus progenitores y la sociedad. (Morán, 2005, p. 190)

Morán (2005), estima que las restricciones de la libertad de procrear tienen su fundamento en la naturaleza humana, los derechos fundamentales y la dignidad, con singular atención de los derechos del hijo. Entonces siguiendo esa directriz tenemos que como en el hecho de procrear están comprometidos varios individuos, el que legisla deberá tutelar los derechos y la dignidad de cada uno de estos, a lo que significaría que ningún individuo pueda permanecer doblegado a otra para perpetuar efectivamente su derecho a procrear. (Morán, 2005, p. 190 y 191)

2.1.13. El derecho y su relación con las técnicas de reproducción humana asistida

Como señala Banchio citado por Rodríguez (1997), frente a esta perspectiva se hace necesaria la intervención del legislador para prevenir que la recurrencia incontrolada a estas técnicas conduzca a consecuencias indeseables, que por irreversibles y peligrosas atentarían contra la sociedad civil. (p. 21)

2.1.13.1. Situación ética jurídica

Luna citado por Rodríguez (1997), expresa: “la ciencia médica señala en cada logro, un desafío que es necesario aceptar con todas sus consecuencias, las implicaciones de un nuevo avance no quedan reducidas al hombre como ser individual y aislado, sino que afectan al hombre como un ser social, planteando interrogantes a sí mismo y a sus relaciones con el medio donde se desenvuelve. Es, en esta dimensión social, donde el Derecho debe dar una respuesta más adecuada a cada problema (p. 22)

El derecho no sólo es un grupo de reglamento jurídico y de leyes que reglamentan las correlaciones sociales sino que es una condición necesaria para el de desarrollo y el perfeccionamiento del hombre y por tanto debe estar a la expectativa de los cambios sociales que se presenten para adecuar sus normas en beneficio de la sociedad en general y de la persona en particular. El Derecho está a la asistencia del individuo, o mejor aún, el ser humano es el fin del Derecho. (Rodríguez, 1997, p. 22)

2.1.13.1.1. Finalidad del derecho

Es misión del ordenamiento jurídico regular las situaciones que se producen en la vida en sociedad con el fin de establecer un orden para la convivencia, imponiendo las sanciones correspondientes en caso de quebrantamiento de la norma.

Miranda citado por Rodríguez (1997), opina que la reserva legislativa es una arriesgada postura de desinterés que beneficia los abusos, porque el Derecho Positivo, en tanto acopia un planteamiento ético, es orientador del comportamiento. (p. 23)

2.1.13.1.2. La disociaciones de la maternidad

El fenómeno de la maternidad subrogada, dio pie al advenimiento de modalidades de maternidad compartida, que la doctrina ha organizado según los niveles de participación de cada una de las féminas en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:

- a. Maternidad plena: en ella se unifica el vínculo biológico (genético y gestativo), con la actuación de los derechos y la ejecución de las obligaciones que compromete la maternidad.
- b. Maternidad genética: pertenece a quien toma la postura del donante del ovulo.
- c. Maternidad gestativa: se le atribuyen a quien en adelante llevará a cabo el gestar a un embrión a partir de una donación de un óvulo.
- d. Maternidad legal: atribuido a quien acepta ante el niño los derechos y deberes inherentes sin que existiese vínculo alguno entre ambos.

La experiencia de los últimos años parece admitir una respuesta positiva. En efecto, en algunos casos, se ha reconocido algunas formas de maternidad compartida, o si cabe el término, el de una madre de segundo grado. (Morán, 2005, p. 193)

2.1.13.1.3. Teoría sobre el presupuesto determinante de la maternidad

Vercellone (...) sin desconocer la importancia de la relación biológica, considera la existencia del componente voluntario en la maternidad. Acorde con el principio de voluntad por la procreación, madre es la fémina que ostenta algún tipo de vínculo biológicamente con el nato, y además de ello el deseo de tenerlo para sí. Tenemos como consecuente el descarte de la obligación por la maternidad de la fémina que solo se limitó a ceder su óvulo, o la de quien gestó y parió un niño con aportación del material genético y por recado de otra. (Morán, 2005, p. 194)

(...) Así, desde un panorama de iure condenado y contra la inclinación que ha de manifestarse prevalencia en este asunto, se sugiere el cambio del dato del nacimiento, reemplazándolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que aparte de encajar con la voluntad de la pareja comitente es la apreciación más conveniente al interés del niño. En consecuencia, la maternidad deberá pertenecer a la fémina sin cuya acción, no habría dado origen al desarrollo biológico que causo el nuevo ser y que aparte de ello desee la criatura para sí. (Morán, 2005, p. 194)

En este sentido, Gorassini manifiesta la presencia del principio de procreación libre y responsable, y de la voluntad a la procreación como actuación mancomunada del hombre y la fémina jurídicamente relevante, estableciendo un principio valido para destinar a la madre. Además en juicio del autor se debe decretar la maternidad de la mujer sin cuyo actuar en conjunto con la de su pareja, no se hubiera realizado el desarrollo biológico que da inicio a un nuevo individuo. Asimismo en los casos de maternidad subrogada o alquiler de vientre, se tendrá que considerar como madre a la fémina que contribuyo con el origen del nato, es decir, a quien desea obtener la maternidad legal.. (Morán, 2005, p. 195)

2.1.13.1.4. Status jurídico del embrión in vitro

Debemos precisar que la naturaleza jurídica atribuida al embrión in vitro está sumamente influenciada por los descubrimientos logrados por la biología y la genética, así tenemos que en Julio de 1982 con el propósito de examinar los avances y potencial desarrollo generados en la medicina y la ciencia a propósito de la fecundación “in vitro” y la embriología, el gobierno británico instituyo una comisión compuesta por 16 estudiosos de varias disciplinas, la comisión Warnock”. (Valverde, 2001, p. 73)

El objetivo era tener en cuenta las diversas implicaciones éticas, con el fin de definir políticas sociales y jurídicas sobre el partículas, en el informe de dicha comisión conocido como el “Informe Warnock”, se reconoce que para dar respuesta a los problemas generados por las nuevas tecnologías reproductivas es preciso considerar la naturaleza de los procesos biológicos concernientes al embrión. (Valverde, 2001, p. 73)

(...) en materia de biogenética permiten distinguir en efecto varias fases de desarrollo prenatales (...). La primera de estas etapas precedida por la fecundación en la cual se provoca la unión entre los gametos masculino y femenino tiene una durabilidad

aproximadamente de catorce días, hasta su introducción en las cavidades uterina. La segunda hace referencia al feto es la fase a posteriori de la introducción del cigoto al útero hasta dos meses y medio después, en cuya etapa se realiza el crecimiento de los órganos como el corazón, el cerebro y el sistema corporal del tronco, cabeza y miembros. La biología reserva el seudónimo del embrión para la etapa más adelantada del crecimiento embriológico, y se destina con ésta terminación al feto con aspecto humano y órganos constituidos. (Valverde, 2001, p. 74)

Por lo expuesto el día 14 luego de producido la fecundación, marca el límite hasta el cual se debe mantener el óvulo fecundado “in vitro”, ésta fecha guarda relación con dos acontecimientos a saber:

- a) La aparición de la cresta natural, y
- b) La anidación del pre-embrión en el útero; con lo cual concluye el proceso de división celular.

Desde el punto de vista jurídico nuestro Código Civil en su artículo 1 recalca que: “La vida humana comienza con la concepción, el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo”. (Valverde, 2001, p. 75)

La enciclopedia Jurídica Omeba define a la concepción: “del latín conceptionis. De fecundar. Fisiológicamente es el instante de fertilización del huevo que dispone el orden jurídico el principio de la subsistencia del ser humano, con capacidad de derecho limitada a los fines de adquirir por donación o sucesión de bienes. (Valverde, 2001, p. 75 y 76)

La difícil situación en la que se encuentra el embrión generado a raíz de la fecundación in vitro, obliga a precisar en términos jurídicos las nuevas hipótesis surgidas por éste procedimiento reproductivo. (Valverde, 2001, p. 75)

Está línea de pensamiento ha permitido el arribo de posturas más radicales, que sostienen que mientras se encuentre en el ambiente artificial, no nos encontraríamos frente a un embrión humano, sino a un grupo de células que puede ser considerado como un objeto de derecho, equiparado en su consideración jurídica con los gametos sexuales o equiparado en su status a los órganos cuyo transplante se admite. Frente a esta hipótesis existe una posición abierta opuesta a la intención de “codificar” al embrión in vitro, pretendiendo salvar cualquier duda con relación a su condición jurídica partiendo para ello de una

hipótesis central, el intercambio genético de las células germinales, coincide con el inicio de su personalidad jurídica. (Valverde, 2001, p. 79)

En opinión de Valverde (2001), el hecho que la fecundación se haya producido dentro o fuera del claustro materno, sólo constituye una connotación accidental con relación al nuevo ser ya generado. De éste modo debe haber un reconocimiento implícito del concebido “in vitro” como ser humano, teniendo en consideración que tal como lo demuestra la genética, en el fondo se trata esencialmente de un ser en momentos distintos de su continuo devenir vital. (p. 79)

Espinoza (2001), enumera las etapas por las cuales, necesariamente, se tendría que pasar:

1. Existencia de una declaración expresa de la voluntad de una pareja g estable, que no ha podido solucionar su problema de infertilidad por ninguna otra vía médica, reuniendo las condiciones y aptitudes necesarias, las cuáles serán evaluadas por una institución ad hoc.
2. Dicha declaración de voluntad debe ser expresada de manera indubitable, constando en un instrumento que la pruebe.
3. Sólo a partir de la homologación que haga dicha institución ad hoc de la declaración de voluntad de los futuros padres, se procederá a efectuar la fecundación artificial. Es decir, sólo habrá un embrión extracorpóreo, siempre y cuando hallan padres que lo deseen tener.
4. Desde el momento de la unión del espermatozoide con el óvulo surge este sujeto de derecho denominado “concebido extracorpóreo”, tanto para el caso de la fecundación artificial homóloga como el de la heteróloga, aplicándosele, sin restricciones, el artículo 1 del Código Civil peruano.

En conclusión Espinoza considera que el embrión engendrado extracorpóreamente como un “sujeto de derecho” tan igual como aquel concebido corpóreamente, amparándose, en ambos casos, en el citado artículo. (Espinoza, 2001, p. 77)

2.1.13.1.5. Situación del donante anónimo

La concesión de gametos es frecuentemente un convenio formal, gratuito y secreto entre el oferente y el centro autorizado. El donante no ansia un vínculo filiatorio, nunca expresa su voluntad procreacional. (BRENA. 2010, p. 19)

2.1.13.1.6. Situación de la mujer que ofrece su útero

En el caso de la mujer que ofrece su útero, se presenta dos hipótesis:

1. Cuando la mujer oferente no sólo cede su útero, sino también su óvulos.
2. Cuando sólo cede su útero, transfiriendo un embrión concebido extracorpóreamente.

Hay legislaciones que prohíben el mal llamado “alquiler de útero”. Al respecto, es necesario hacer una aclaración previa y, para ello nos remitimos al artículo 6 de nuestro Código Civil, del Título II, Derecho de la Persona, Sección Primera, Personas Naturales, del Libro I, del Derecho de las Personas, que a la letra dice:

“Los actos de disposiciones del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, el orden médico o quirúrgicos o si están inspirados por motivos humanitarios”. (Espinoza, 2001, p. 84)

La definición del término “disposición es la siguiente: “Obrar uno libremente en el destino de sus bienes, o usar a sus arbitrio de una persona o cosa. Esta disposición, a la cual alude el mencionado numeral, no sólo se refiere, como se apunta en la exposición de motivos, al desprendimiento de aquella fracción del cuerpo que, al ser apartado, no produzca una degradación persistente en la integridad corporal del ser humano. (...) (Espinoza, 2001, p. 85)

Evidentemente no hay mejor “motivo humanitario, como consagra el artículo 6 del Código Civil, que el permitir lograr, a una pareja, uno de los momentos más importantes en la realización de su proyecto vital. Este acto carecería de sentido si se le pone un precio. Postulo de esta manera, a la gratuidad del acto de disposición del propio cuerpo, porque de lo contrario, se trataría de un contrato, en el cual se exigiría el cumplimiento de cláusulas, lo que va en contra de la naturaleza misma del ser humano. (Espinoza, 2001, p. 85)

2.1.14. Filiación en la maternidad Subrogada

A instancia doctrinal encontramos aceptaciones de filiación, cogiendo en contemplación su relevancia en el individuo, la prole y la comunidad. En ese sentido que claro que la filiación en sentido amplio es aquello que une a un individuo con otros y en sentido estricto,

se asocia con hijos, padres que tienen similitud sanguínea y de derecho.(Varsi, 2013, p. 271)

Planiol y Rippert citado por Varsi (2013), expresan que la filiación es el vínculo que existe entre dos individuos, de las cuales una es el papá o la mamá del otro ser. Y Méndez Costa precisa como “el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado”. (Varsi, 2013, p. 272)

La filiación es la condición sine qua non para percibir la circunstancia en que se halla un individuo como hijo de otra. Es una apariencia de aspecto familiar, e de ahí que se desprende tres estados:

- a) Jurídico: Designado por la ley a un individuo.
- b) Social: En tanto se tiene respecto a otro u otros sujetos.
- c) Civil: Conlleva la posición jurídica del niño denotado en la familia y en la sociedad.

La complejidad conocida de la relación de filiación por procreación natural aumenta considerablemente cuando la procreación tiene lugar con el concurso de las técnicas de reproducción asistida, todas las personas relacionadas al campo jurídico sabemos que los principales problemas en la determinación de la filiación (sobre en cuanto a la paternidad) tenían su principio en el misterio de las relaciones sexuales fuente del nacimiento, y en la dificultad de saber qué relación concreta, si las hubo con varios hombres, derivó la gestación y el nacimiento correspondiente, ello justificó las presunciones de filiación establecidas por nuestro derecho positivo. (Valverde, 2001, p. 68)

La problemática referida a filiación se presenta en los sucesos en que quienes piensan fingir del progenitor o la mamá no proporcionan el elemento genético sino que quien lo aporta es un tercero; este sería el caso del dador incognito a un banco de esperma o de la cedente del óvulo. (Valverde, 2001, p. 69)

De acuerdo a lo regulado por el código civil peruano la filiación puede ser matrimonial tal como lo regula el Artículo N° 361:

“el hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los treientos días siguientes a su disolución tiene por padre el marido”.

O extramatrimonial tal como lo señala su Artículo N° 386:

“Son hijos extramatrimonial los concebidos y nacidos fuera del matrimonio”.

En el libro de Derecho de Familia de nuestro Código Civil vigente encontramos presunciones jurídicas que tuvieron su origen en el derecho romano, como por ejemplo: “mater Semper certa est” y “pater is est quem nuptiae demonstrant” (Artículos 409 y 361), que han permitido inalienables pese al tiempo transcurrido; sin embargo con los avances tecnológicos actuales la presunción “mater Semper certa est”, empleada para la determinación de la maternidad ha sido destruida por los avances de la biotecnología, produciéndose en la realidad hechos como los citados en los ejemplos mencionados anteriormente. (Valverde, 2001, p. 70)

En sentido afirmativo, y en el caso de la presunción “mater Semper...”, lo que dicha presunción nos indica es quien es la madre del niño: la que lo alumbró, así lo decreta el artículo 409 de nuestro Código Civil.:

“La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”. (Valverde, 2001, p. 69 y 70)

Según Valverde (2001), se refiere a la maternidad subrogada o de alquiler de vientre, mediante la cual una fémina es empleada para que sea inseminada con el elemento seminal del compañero de una fémina que no es fértil. Al nacer el niño de la madre de alquiler se lo otorga a los cónyuges que la contrataron. Concediéndoles la tenencia del niño al factor del progenitor y desistiendo de sus derechos de maternidad y filiación para que él bebe pueda ser prohijado por la mujer del progenitor. (p. 71)

En efecto existe actualmente la posibilidad de fecundar “in vitro” con gametos masculinos un óvulo extraído de una mujer, fabricando embriones al aire libre, que luego podrían implantarse en el útero de cualquier mujer en situación de gestar, pudiendo quedar en el misterio la procedencia genética de cualquier ser humano. (Valverde, 2001, p. 72)

Finalmente debemos resaltar que nuestro Código Civil no se aprecia como causal de negación de la paternidad el acto de no haber consentimiento por parte del esposo en la inseminación artificial heteróloga. Por ende la inseminación aquella inseminación sin negación de paternidad por el marido sobre la base de las causales que ha previsto el articulado dará como resultado un bebe matrimonial. (Valverde, 2001, p. 72)

Los cónyuges les pueden echar una mano, pero no reemplazados que es esencial y exclusiva, “en cuanto a la figura de la madre sustituta, que es la que lleva a término por encargo de terceros la gestación de uno o más embriones fecundados in vitro con óvulo y espermatozoides de personas que lo encargan, hay que decir que quiebra una vez más la unidad matrimonial, y crea entre el estado y la gestante (a partir de la relación biológica durante su desarrollo) una relación particular que luego es cortada en el momento del nacimiento.”(FUENTES, 2006, p. 113)

La conexión materno filial, entre la portante y el niño siendo investigados se ha comprobado que coexiste un vínculo fuerte entre ellos, sin embargo, también se demuestra que no existiría obstáculos o inconvenientes psicológico en tanto en el bebé como en la portadora. No se genera un trauma frente a la separación de la madre portadora con el niño en los actos de subrogación así como lo demuestra los rastreos a largo plazo. El apego prenatal depende de varios elementos como es la edad materna y la actitud hacia el embarazo y que son fundamentales para explicar la capacidad de la gestante para renunciar al bebé tras parirlo. La mayoría son mayores de 20 años y sienten que ya han completado su propia familia. Otras investigaciones que han estudiado el apego, han concluido que las madres sustitutas están menos apegadas al feto y al bebé tras el parto y que son muy asesoradas por la agencia de alquiler para asegurarse de que entienden que el bebé (JADVA, MURRIA Y Otros, 2003). Y paradójicamente, comparándolo con la adopción, en ésta el vínculo no se impone como argumento decisivo para la entrega del menor (SOUTO, 2005, citado por RUIZ, 2001, p. 31)

2.1.15. Posturas a favor y en contra de la maternidad subrogada

La inseminación artificial, y la fecundación in vitro, tienen como fin, exclusivo precisar el anhelo maternal y paternal que intimida con ser un fracaso en tanto proyecto vital de existencia. Sin embargo, dichas técnicas han sido rechazadas y criticadas por la Iglesia, y por una serie de personas que han hecho blanco de escarniosos comentarios a este avance de la ciencia, cuyo único objetivo es servir al hombre en su aspiración más sublime e importante: la procreación.

2.1.15.1. Postura de la Iglesia:

En opinión de Espinoza (2001), sucede con la Iglesia, lo mismo que con el Derecho, puesto que ambos deben ser más consecuentes con la realidad humana y con los nuevos valores que con ella emergen. Caso contrario, se presentará de todas maneras dicho fenómeno, al margen de la religión y de la ley, si fuera el caso (p. 66)

Sería bueno recordar a quienes se alinean en esta jerarquía de opiniones que el hombre debe ser sexual que pretendía Freud, o aquel espiritual, social, político o reducirlo simplemente a su aspecto económico. El hombre es mucho más que eso, es la conjugación integral de una serie de aspectos. Observarlo y enjuiciarlo sólo desde un punto de vista es por demás arbitrario y equivoco. (Espinoza, 2001, p. 67)

(...) Muchos consideran que el mal llamado “alquiler de útero” es un contrato, lo cual no es así. Aquella pareja que ve frustrado su proyecto vital de paternidad, recurre a una mujer que actúa altruistamente, mediante la libre disposición sobre su propio cuerpo, con miras a que dicha pareja cumpla con su más caro anhelo. Es por eso que el Derecho tiene que intervenir para que, mediante una adecuada regulación, cumpla una función liberadora, distinguiéndose aquel acto altruista de los excesos que se puedan cometer, los cuales deben ser prohibidos por ley. (Espinoza, 2001, p. 67)

Por encima de cualquier elaboración teórica, estamos frente a una realidad inocultable, en la cual los avances de la ciencia han llegado a un grado tal que, estaría a los servicios de quienes no pueden tener hijos; pero que tienen, como apunta Díaz de Guijarro, la “voluntad procreacional”, y que necesitan, para tal efecto, de cedentes con un “fin impersonal”. Hago votos para que este fenómeno alcance su regulación normativa en nuestro país y abraza la convicción que la sociedad peruana comprenda la magnitud de las consecuencias de esta revolución genética. (Espinoza, 2001, p. 68)

La Iglesia advierte que: “la inseminación artificial es generalmente conocida con el nombre de “fecundación artificial”; esta dominación no es adecuada, puesto que con las técnicas empleadas no se consigue una fecundación artificial: la fecundación del óvulo por el espermatozoide sigue siendo tan normal como en las condiciones ordinarias; lo único que varía es el medio de conducción del elemento masculino, que en vez de ser el órgano copulador del macho, son instrumentos más o menos ingeniosos, pero siempre artificiales; siendo, pues, la siembra de los genitales femeninos lo que en realidad se hace

artificialmente: es pues, más lógico que a esta práctica se la designe con el nombre de inseminación artificial. (Iglesias citado por Espinoza, 2001, p. 68) (...) se podrá hablar de fecundación artificial, siempre y cuando de la fertilización in vitro, por cuanto, el proceso de fecundación no se realiza naturalmente, debido a que los mecanismos que se utilizan son científicos, es decir artificiales. (Espinoza, 2001, p. 68)

En opinión de Espinoza (2001) el verdadero fundamento para optar por la fecundación in vitro o la inseminación artificial es el derecho que goza todo ser humano a tener hijos. Este “derecho a procrear” “puede ser más bien colocado en un cuadro referente al libre desenvolvimiento de la personalidad de cada uno y encuentra en sus manifestaciones los límites que derivan de la necesidad de respetar otros valores fundamentales, como aquel de la dignidad humana. (Arias citado por Espinoza, 2001, p. 69). Incluso, hay cierta doctrina que avanza en el desarrollo de una clasificación de “derechos reproductivos y sexuales”. Ahora bien, para tal efecto, y hasta donde llega nuestro conocimiento, se tienen las siguientes vías:

- a. Natural: Mediante las relaciones sexuales normales.
- b. Legal: A través de la adopción.
- c. Artificial: Mediante un procedimiento científico.

Espinoza (2001), comparte el criterio que afirma que el contexto en el cual se desenvuelve el fenómeno de la fecundación in vitro y la inseminación artificial en Europa y Norteamérica es totalmente distinto al nuestro, debido que en los primeros existe un escaso índice de natalidad y la situación de los menores abandonados es menos penosa que en la de los países subdesarrollados. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, no se pretende proponer que las prácticas de inseminación artificial y fertilización in vitro desplacen a la adopción, ni que el Estado utilice sus recursos para dichas técnicas costosísimas, por cierto se factibilicen. Lo que se propone es la concurrencia de las tres vías antes dichas (natural, legal y artificial) para que se instituya la relación paterno-filial, y que los interesados opten por la que más les convenga y que la puedan realizar. En el supuesto que la pareja opte por esta vía artificial, deberá ser ésta y no el Estado, quien corra con los gastos que esto ocasione. La obligación del Estado es la de crear un organismo que controle, vigile y autorice este tipo de procedimientos. p. 70

2.1.15.2. Postura doctrinal

2.1.11.2.1. Posturas a favor de la maternidad subrogada

Espinoza (2001), considera que el elemento terminante para ser papá es el animus, es la común intención de hombre y la mujer que expresamente declaran tal deseo. No lo es aquel que cede una determinada cantidad de espermatozoides, o aquella que cede su óvulo o que ofrece su útero durante nueve meses, puesto que su intención es otra, la cual es permitir, a través de un gesto altruista, la consumación de hecho tan importante para aquellos que pretenden ser padres. p. 75 y 76

VARCELONE (1987) sin desconocer la importancia de la relación biológica, reconoce la presencia del elemento voluntario en la maternidad. Contempla la existencia del componente voluntario en el engendramiento. A la par del principio de voluntad por la procreación, mamá aquella que conserva algún vínculo biológico con el nato, añadiendo a ello que es quien ansia el niño para sí. En efecto, debe destacarse el compromiso por la maternidad de la fémina que se restringió a ceder su óvulo, o a la que solo tuvo como propósito llevar la gestación hasta el nacimiento del niño con aportación del elemento genético y por petición de otra. (Citado por Moran De Vicenzi, 2005, p. 194)

Según Morán (2005), una corriente nueva protege la probabilidad de una maternidad meramente social. Así, desde una perspectiva de iure condendo y contra la tendencia que ha venido prevaleciendo en esta materia, se propone la modificación de dato del parto, sustituyéndolo por el de la libertad y responsabilidad por la procreación que además de coincidir con la voluntad de la pareja comitente es el criterio más favorable a los intereses del menos. En consecuencia, la maternidad deberá corresponder a la mujer sin cuya acción, no se habrá dado inicio al proceso biológico que origino el nuevo ser humano, y que además desee el hijo para sí. p. 194

Hace varias décadas ya, Díaz de Guijarro distinguía a la voluntad procreacional entre los distintos elementos de la procreación, definiéndola como “el deseo o intención de crear una nueva vida”. (DÍAZ, 1965. p. 21 citado por FAMA, 2012, p. 175) Así entendida, en el marco de la procreación por TRA, la voluntad procreacional se aparta de la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio y multifacético, incluso de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico. (FAMA, 2011, p. 55 citado por FAMA, 2012, p. 175.)

Para ZARRALUQUI (1988) el derecho a la reproducción es un derecho deber con individualidad propia con asiento en la propia naturaleza del hombre. (...) en eses sentido, y con carácter colectivo, la procreación no sólo constituye un derecho sino también un deber que corresponde a cada miembro de la sociedad. (Citado por Morán, 2005, p.176)

(...) las opiniones a la subrogación se han manifestado desde diferentes posturas religiosas, sociológicas y morales. En ejemplo, se debate sobre la probable explotación inherente a una posición en la que las féminas con inconvenientes económicos tienen niños para mujeres de nivel económico mejorado, particularmente en aquellos sucesos en donde el contrato de subrogación se conduce por previa transacción económica. (BOADA Y Otros, 2010, p. 32) (...) asimismo al igual que otras TRA, importa comenzar a considerar que la subrogación es una oportunidad para algunos habitantes que no se ven favorecidos con los métodos clínicos admitidos actualmente. (BOADA Y Otros, 2010, p.32) (...) es inexcusable reflexionar de los cuantiosos casos de explotación de féminas a través de métodos, alejándose de la normativa y así obtener aquellos resultados. No obstante, es menester pensar en esta materia bajo la perspectiva legal, ya que de una u otra manera los procedimientos y resultados, se podrían controlar de una forma mejor (BOADA Y Otros, 2010, p. 33)

2.1.11.2.2. Posturas en contra de la maternidad subrogada

Vega Gutierrez (1997) concuerda con la postura que afirma que la tutela del derecho a la reproducción se restringe a la capacidad natural del sujeto, puesto que ya el mismo término procrear hace referencia al que una persona conciba un hijo con sus propios gametos, por medio de la realización del acto sexual. Este acto en sí excluye la posibilidad de intervención de una tercera persona ajena a la pareja, de manera que si se concibe con esperma u óvulo de otro hombre u otra mujer, el nio será hijo de este hombre o esta mujer y no simplemente lo deseó. El derecho a la reproducción es el derecho a procrear el propio hijo, y por consiguiente, no existe un derecho a procrear con técnicas de procreación artificial (Citado por Morán, 2005, 169-170)

Vidal Garcia (1989) rechaza la presencia de un derecho a procrear en sentido estricto o derecho humano a la reproducción. El apoyo de su afirmación se halla en la naturaleza de la procreación y en función filosófica-ético-jurídico de la concepción

de derecho humano. En cuanto a lo primero, considera que la procreación es un proceso natural, que no puede ser objeto directo de un derecho humano por estar fuera del campo de la libre determinación de la persona. Respecto a lo segundo, señala que la categoría filosófico-ético-jurídico de derecho humano tiene como función la de explicar, proteger y dar el cauce a los bienes exigidos por la condición humana. Aunque la procreación pueda considerarse como un bien, su contenido no es el acto considerado aisladamente, sino en la medida que se encauza dentro de ciertas circunstancias que lo humanizan. Esto quiere decir que dentro de la categoría de derecho humano no se comprende la procreación como un hecho natural sino como el ejercicio responsabilizado de la función procreativa. Por ello, no existe un derecho a la procreación sino un “derecho a las condiciones que hagan posible el ejercicio humanizado y humanizador de la procreación”, derecho que se encuentra comprendido dentro del más amplio derecho a fundar una familia”. p. 86

En opinión de Morán De Vicenzi (2005) el derecho a la reproducción constituye la participación voluntaria, biológica y/o genética en la paternidad y maternidad que no puede realizarse recurriendo a otros sujetos. Por tanto, no se puede invocar la existencia de un derecho de fecundación artificial heteróloga o a la maternidad subrogada como parte del derecho a la procreación. p. 187

(...) si la realidad manifiesta que la fecundación solo se puede ejecutar a través de la correlación entre un varón y una fémina, entonces, el derecho a procrear no debe ser apreciado como un derecho de actuación individual, pero si de pareja. La eficacia del derecho está supeditada a la afluencia de otra voluntad y el aporte de otro gameto para llevar a cabo la procreación. De este panorama el derecho a la procreación se interpreta como un “derecho a la procrear con” (Morán de Vicenzi, 2005, p. 188)

2.2. NORMAS

2.2.1. Constitución Política del Perú

Nuestra Constitución señala en su **artículo 2º** inciso 1) que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, contemplamos que nuestra Carta Magna evidencia que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

En el Perú, el derecho a procrear, se sitúa en el articulado 6 de la Carta Magna; donde detalla que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Contempla el derecho de las familias y de los sujetos a disponer, haciendo hincapié al derecho a la procreación como presupuesto. (Constitución Política del Perú, 1993)

2.2.2. Código Civil

El artículo 371 del Código Civil, ubicado en el título sobre filiación matrimonial determina que la maternidad solo podría impugnarse en casos de suplantación de hijo o de parto supuesto y que ninguna de estas hipótesis incluye el aporte de Material genético distinto del de la gestante, por lo que no podría impugnarse la maternidad de esta última. Ahora bien, el artículo 373 del mismo código permite que el hijo pida que se declare su filiación; no obstante, el artículo 376 se lo niega cuando concurren la posturas persistente de estado y el título que dan las partidas del matrimonio y nacimiento.. (Código Civil de 1984)

Dentro de estos márgenes ¿podría el hijo matrimonial obtener que se declare su filiación con la cedente del óvulo? Parece poco probable pero bien si analizamos primacía del vínculo genético por el artículo 413, del c.c que admite la prueba biológica, genética u otra validez científica con igual o mayor grado de certeza.

Así también el dictamen N° 011-2008-mp-fn-fsc: ““Al respecto, como recalca el doctor Plácido Vilcachagua, la previsión legislativa que recoge el art. 399° del Código Civil, esto es, la impugnación del reconocimiento, “tiende a atacar el reconocimiento, no por vicios del acto, sino por no concordar con la realidad biológica, es decir, por no ser el reconociente en verdad el padre o madre del reconocido”, como tal, la conjetura que guarda la norma supone una legitimidad para obrar, fundada en la presencia del vínculo de parentesco consanguíneo al que hace referencia el art. 236° del Código Civil, que se ve inmediatamente afectado con una verificación de paternidad o maternidad no acorde con la realidad del vínculo biológico.. (Dictamen n° 011-2008-mp-fn-fsc:)

Por tanto el interés moral a que hace alusión el art. VI del Título Preliminar del Código Civil, como resulta ser el alegado en la demanda sub análisis, por ende, al negarse el acceso a la tutela judicial efectiva consagrada por el numeral 3ro. Del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, entendida como “un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos

jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio, es de concluirse que la causal in procedendo debe ser amparada.” (Constitución Política del Perú)

2.2.3. Ley General de salud N° 26842.

El artículo 7 de la Ley General de Salud, **Ley N° 26842**, publicada el 20 de julio de 1997, en cuyo primer párrafo se dispone que: Artículo 7°: todo sujeto tiene derecho a invocar el tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la posición de la madre genética recaiga sobre la misma persona. Para la práctica de técnicas de reproducción asistida, se convoca el permiso previo y por escrito de los padres biológicos. Prohibiéndose la fecundación con fines distintos, así por ejemplo las clonaciones al ser humano. Asimismo reconociéndoseles el derecho a seguir el tratamiento por su infertilidad y el derecho a la procreación. Importante es de indicar que no resulta indispensable para recurrir a las TERAS, el hecho haber seguido sin éxito un tratamiento de fertilidad, sino que cabe la posibilidad de llegar directamente. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 23)

Cabe advertir que esta es una norma de orden público, como claramente lo enuncia el artículo IX del Título Preliminar de la misma Ley General de Salud.

El artículo 7° de la Ley General de Salud que admite el empleo de las técnicas de reproducción asistida, vale mencionar que si estos procedimientos tiene como objetivo que las parejas que tenga infertilidad puedan procrear, siendo esta una facultad inherente; cabe mencionar que es un derecho derivado del derecho a la integridad, a la libertad personal y a la vida, por lo que el procedimiento de congelación y descongelación que “implica daños irreversibles en los embriones, debido a la utilización de sustancias o protectores que suavizan los cambios de temperatura”, este perjuicio en contra de la integridad física del feto, y ulteriormente contra el derecho a la vida, por lo que las mencionados métodos no deberían ejercerse. (Ley General de Salud 26842)

En diferentes estados europeos se hallan distintos tipos de regulación legal en asuntos de reproducción asistida, varios se guían por sugerencias de tipo médico-ético difundidas por organismo de profesionales médicos; otros por normativas y decretos. Y por último, se encuentran los países que ostentan una normativa vigente y específica sobre aquellas técnicas o experimento embrionario, como es el caso de Dinamarca, España, Alemania,

Suecia, Noruega, Inglaterra y Francia. Correlacionando España e Inglaterra estiman en sus normatividad que la vida humana empieza a partir del día 14 de la fecundación.

2.2.4. Decreto supremo N° 0011-2011-JUS

Lineamientos para respaldar la actuación de la bioética desde el reconocimiento de los derechos humanos, teniendo su fuente en la naturaleza de la persona humana. La dignidad de la persona humana, conlleva igualdad y libertad. Acerca de ello la Declaración Universal indica en su prefacio que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” conforme lo precisa este decreto. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 24)

En el entorno internacional, los derechos inherentes a individuo toman la calificación de derechos humanos, medio en el cual, el Estado es quien resulta culpable por cualquier quebrantamiento de los mismos; mientras que en el ámbito interno de los Estados, se les reconoce como derechos constitucionales o fundamentales de ser humano, los que deben ser acatados y resguardados por el Estado, pudiendo caer en responsabilidad internacional en cuanto no este calificado para elegir las actuaciones indispensables para atender, punir y resarcir apropiadamente las infracciones a estos derechos básicos dentro de la jurisdicción nacional.

Los derechos humanos aparecen como una solución a la necesidad de constituir márgenes al poder público. Por tanto, basándose en derechos subjetivos de protección de la persona ante el Estado. Las iniciales proclamaciones de derechos individuales con fuerza legal, apoyadas sobre el reconocimiento de derechos inherentes al individuo humano las hallamos en las revoluciones de independencia iberoamericana y norteamericana, así como la francesa. Dichas proclamaciones establecen manifestación de la lucha por suprimir las gobernaciones absolutistas y sustituir por gobiernos democráticos. De esta manera se ejecuta el paso hacia el Estado de Derecho, que supone la reglamentación y delimitación de las funciones del poder mediante una observación del Estado por el derecho y la acogida de las formas representativas con el propósito de proteger los derechos de la población. (HUNANEL Y MANAYALLE, 2013, p. 24)

2.2.5. Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948:

Artículo 16:

1. Los varones y las féminas, a partir de la etapa núbil, tienen derecho, sin limitaciones alguna por razón de etnia, procedencia o creencia, a contraer nupcias y establecer una prole; y gozar de equivalentes derechos en tanto al matrimonio, mientras el matrimonio y ocasión de desvinculación del matrimonio.
2. Solo a través del libre y completo asentimiento de los novios permitirá el matrimonio.
3. La prole es el componente innato y esencial de la población y tiene el derecho a la defensa de la población y del Estado.

Artículo 25: 1. Todo ser humano tiene derecho a una posición de vida apropiado que le garantice, así como a su familia, la salud y la comodidad (...) 2. La maternidad y la niñez tienen derechos a la atención y protección especial. Todos los bebés natos dentro del matrimonio o fuera de este, tienen el mismo derecho de amparo social (Recuperado en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>)

2.2.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). 7 al 22 de noviembre de 1969.

Artículo 4: Derecho a la Vida. Todo ser humano tiene derecho a que se le pondere su vida. Aquel derecho estará resguardado por la ley, en general, a partir del momento de la fecundación. Nadie puede ser desprovisto de la vida de manera arbitraria.

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo. (Recuperado en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)

2.3. JURISPRUDENCIA

2.3.1. Casación N°563-2011-Lima

La sentencia que en esta ocasión se menciona, del 6 de diciembre del 2011, evidencia la primera resolución de la Corte Suprema en concordancia con el tema de los alquileres de vientres. La trascendencia de esta resolución, reside en el precedente que el Alto Tribunal peruano ha establecido sobre el sensible asunto de la subrogación de la maternidad.

La resolución guarda el acontecimiento de un matrimonio (don G.S. y doña D.FP.Q) que encargaron a una fémina (I.Z.C.M) el embarazo de un bebe, que obligaba la entrega a los cónyuges luego del alumbramiento. A cambio del bebe, la pareja comitente desembolsó un monto considerable (\$ 18, 900 dólares americanos).

La concepción del niño se desarrolló con el gameto del marido (G.S) por lo que biológicamente, la bebe engendrada era fruto de la madre de alquiler y el comitente. Tras el alumbramiento de la niña, la filiación materna se registró a favor de la llevo a cabo la gestación y, la paterna a favor de su compañero (P.F.P.C), quien ejecutó un reconocimiento de complacencia. Por tanto el progenitor biológico (G.S) no representa como padre legal. Y complicando más la situación el cónyuge comitente además de ser el padre biológicamente tenía un parentesco con la que alquilo su vientre y como resultado ser por afinidad el tío abuelo de la menor.

Luego del nacimiento de la niña y aun teniendo esta 9 días de nacer, se procedió a la entrega a los cónyuges contratantes. Ellos empezaron un proceso de adopción por excepción

(artículo 248 Código de los Niños y Adolescentes) y así constituírsele la filiación es entonces donde la madre y su pareja desistieron de continuar con aquel trámite.

A pesar del desistimiento, en primera y segunda instancia, la demanda de adopción por excepción fue fundada. Frente a ello la fémina portadora y su compañero interpusieron recurso de casación. Aduciendo: a) transgresión del artículo 115 CNA, por no corresponder adopción debido a que el progenitor adoptivo es a la vez el papá biológico de la niña; b) transgresión del artículo 128 CNA, inciso b), porque la adoptante, supuesta tía demandante, no mantenía parentesco alguno con la niña. Ello a causa de que el padre legal, familiar de dicha adoptante, no era biológicamente el padre; c) transgresión del artículo 378 Código Civil, inciso 1 y 5, debido a que los adoptantes les faltaba solvencia moral.

La corte suprema dispone que todas las causales carecían de sustento. Entendió que si procedía la adopción porque la paternidad que se configuraba en la partida de nacimiento era la de P.F.P.C. Por tanto, este ostentaba la paternidad legal de la bebe y como consecuente, la comitente demandante es decir la tía de la niña. Además decreto que había una colisión entre el interés superior de la bebe a tener una familia y el derecho de los padres recurrentes a ejercitar la patria potestad. Ante ello y fundamentado en la actuación de la pareja, prestos desde el inicio renunciar a su bebe a cambio de una compensación económica, resolviendo que tenía que primar el interés de la niña y como consecuente continuara viviendo con los demandantes; considerando que “arrancarla de su seno familiar a su corta edad resultaría gravemente perjudicial”. Por ello fue declarado infundada la casación.

2.3.2. Casación 2112-2009

Se trata del recurso de casación interpuesto por Antony Manuel Herrera Esquivel, mediante escrito de fojas ciento trece, contra el auto de vista emitido por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas noventa y nueve, su fecha cuatro de marzo del año dos mil nueve, que revocó la resolución apelada de fojas cincuenta y cinco que declaró infundada la excepción de caducidad propuesta por la demandada Roxana Cortez Nonajulca y saneado el proceso, con lo demás que contiene, y reformándola, declaró fundada la citada excepción e improcedente la demanda; Que, siendo así, atendiendo a la interpretación de la norma constitucional conforme a lo normado en los tratados internacionales y a lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el particular, este

Colegiado Supremo estima que el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial. (Recuperado en <http://vlex.com.pe/vid/-472562090>) Para el caso concreto, el plazo de noventa días el cual asistía al actor para impugnar la paternidad del menor J.A.H.C. ya había caducado, como él mismo tácitamente lo admite, por lo que ahora no puede pretender habilitar su derecho mediante una interpretación extensa del inciso primero, artículo segundo de la Constitución Política del Estado que, lejos de ser favorable al menor, es contraria a su derecho a la identidad, reconocido en la citada Carta Política, en concordancia con el artículo octavo de la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo que en virtud al principio pro homine, procede realizar una interpretación más restringida del derecho constitucional a la identidad, por encontrarse en debate el derecho de un menor, a quien debe favorecerse sobre los padres, desvirtuándose con ello el hecho de que se esté condenando al niño a mantener una identidad falsa como sostiene el impugnante, pues al contrario se está favoreciendo la conservación de la identidad que el mismo actor le otorgó al reconocerlo como su hijo, teniendo en cuenta además que a la fecha el menor ya cuenta con más de cinco años de edad; razones por las cuales la causal material también debe ser desestimada.

2.3.3. STC N° 1817-2009-PHC/TC

Después de acreditarse la transgresión de los derechos a la libertad individual, a tener una familia y no ser alejado de esta, a la integridad, a estimar un entorno de afecto y de seguridad moral y a la eficiencia de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional (TC) determinó declarar fundada la demanda de hábeas corpus introducida por doña Shelah Allison Hoefken, a favor de sus dos criaturas, detenidos de manera irregular por su padre. Aquella es la primera vez que el Tribunal se manifiesta en un suceso de esta índole. El TC ordenó al progenitor de las criaturas, don Juan Manuel Fernando Roca, que cumpliera con la entrega inmediata de la menor J.A.R.R.A a su progenitora, bajo apercibimiento de utilizar las medidas coercitivas establecidas en el articulado 22 del Código Procesal Constitucional y de ser acusado por el crimen de resistencia a la autoridad. Y respecto a la segunda criatura se le entregó a su progenitora el 03 de marzo de 2008 a

mérito de una medida cautelar. El tribunal además dispuso oficiar al Trigésimo Quinto Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, y así conforme a lo interpretado por el máximo intérprete de la constitución, ajusticie de forma inmediata la sentencia con toda las garantías que le concede la ley; así como los apremios en el suceso de resistencia. Sumado a ello el Tribunal Constitucional ordenó al Director General de la Policía Nacional que brinde de forma urgente el auxilio de ley al mencionado juez a fin de colocar a la criatura J.A.R.R.A y entregarse así a su progenitora, facultando el allanamiento y el descerraje de la residencia del emplazado o cualquiera donde pueda hallarse al menor. O cualquier otra medida de forma que la sentencia se ejecute de inmediato en su propia terminación. El soporte de aquella sentencia el Tribunal consideró que con la formalidad de pericia psicológica que obraban en el expediente, estaba indicando que la conducta del demandado también vulneraba el derecho de sus menores a desarrollarse en un entorno de afecto y seguridad moral y material, pues el resultado de la misma daba como conclusión que sus personalidades no se desarrollaba de manera plena , armoniosa e integral, dado que las acciones del demandado a parte de no acatar las normas de convivencia, impedían que las criaturas crecieran en un entorno lleno de afecto y comprensión, viendo a su madre e interactuando con ella. (Recuperado en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/01821-2013-HC.pdf>)

2.3.4. Sentencia N° 2005-2009-PA/TC.

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con con el propósito de que cierto despacho estatal se contenga: a) de empezar el proyecto de repartición de la llamada “píldora del día siguiente”. Adicionalmente agrega la demanda que el accionar del Ministerio de Salud contesta a intereses personales que solamente busca cooperar con el incremento de grupos económicos internacionales y nacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la rama un negocio a costa del verdadero respeto por los derechos humanos y su resguardo. La segunda sala civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008 y tras consecutivas discordancias, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se manifiesta fundada la demanda, y reformándola la declara solo en parte, pero limitando la resolución en cuanto hace referencia a la vulneración del derecho a la información. Manifiesta su postura en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los

Anticonceptivos Orales de Emergencia originen una leve variación al endometrio, que en todo caso no es terminante para imposibilitar la implantación. Por otro lado se declara infundada los otros extremos de la demanda; tanto el que indica que se estaría transgrediendo el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que solicitaba ordenar al Ministerio de Salud descartar dicho anticonceptivo de sus proyectos de planificación familiar. En Lima, a los 16 de días del mes de octubre de 2009, en uno de sus fundamentos esboza el Derecho a la autodeterminación reproductiva, este derecho radica en la autonomía para disponer en los asuntos que sólo le incumbe al individuo. Pero igualmente puede confirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad precisadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna intromisión en el hecho de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder disponer cómo ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el instante apropiado de la reproducción; 2) el individuo con quién reproducirse; y, 3) la manera o procedimiento para obtenerlo o evitarlo (STC 7435-2006PC/TC). Como consecuente, toda fémina tiene el derecho de elegir independientemente el procedimiento anticonceptivo de su elección, lo cual está directamente conectado con su determinación acerca de cuantos niños quiere tener, cuantos y con quién. (Recuperado en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>). Así es como se declaró INFUNDADA la demanda de amparo interpuesta por ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, permitiéndose el reparto de los anticonceptivos orales de emergencia legalmente admitidos por el Estado mediante Resolución N° 536-2005-MINSA/DGSP.

CAPITULO III
DESCRIPCIÓN DE
LA REALIDAD

3.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA COMUNIDAD JURÍDICA FRENTE A LOS EMPIRISMOS NORMATIVOS Y LAS DISCREPANCIAS TEÓRICAS QUE INFLUYEN EN DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

3.1.1. Resultados de la comunidad jurídica del Derecho en relación a Planteamientos Teóricos que influyen en determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana que se consideran y no consideran.

A. El promedio de porcentajes de planteamientos teóricos que No Consideran en opinión de la Comunidad Jurídica es de 59%.

La prelación individual para cada concepto es de:

Tabla 02: Planteamientos teóricos que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Planteamientos Teóricos | Rstas No contestadas | % |
|-------------------------|----------------------|--------|
| la Voluntad | 200 | 22.0% |
| Maternidad plena | 160 | 17.6% |
| Concepción | 182 | 20.0% |
| Maternidad Referencial | 170 | 18.7% |
| Subrogación uterina | 198 | 21.8% |
| TOTAL | 910 | 59.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que se Consideran en opinión de la Comunidad Jurídica es de 41%

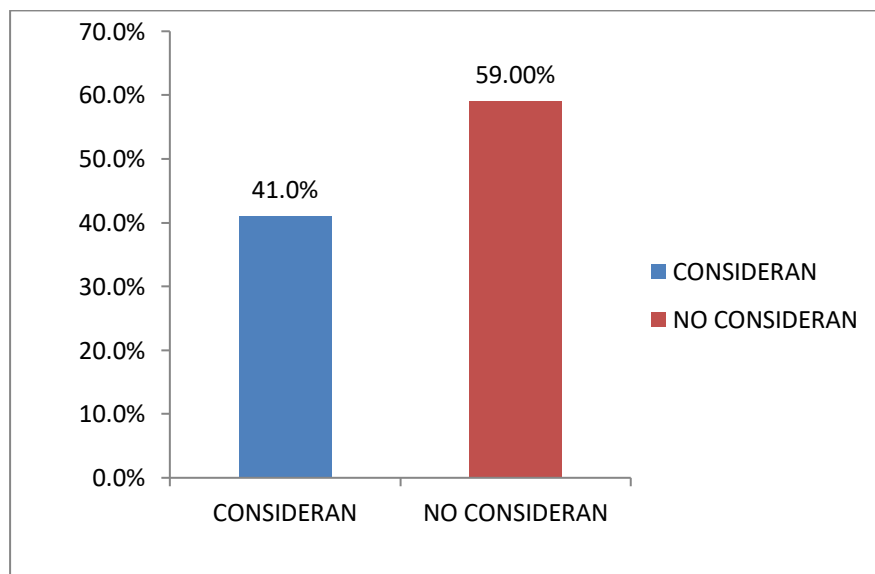
La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 03: Planteamientos teóricos que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana.

| Planteamientos Teóricos | Rptas Contestadas | % |
|-------------------------|-------------------|--------|
| la Voluntad | 108 | 17.1% |
| Maternidad plena | 148 | 23.5% |
| Concepción | 126 | 20.0% |
| Maternidad Referencial | 138 | 21.9% |
| Subrogación uterina | 110 | 17.5% |
| TOTAL | 630 | 41.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 01: Nivel de planteamientos Teóricos considerados y no considerados en la Comunidad Jurídica



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 41% de los informantes opinan que se consideran los planteamientos teóricos, mientras que un 59% opina que no se consideran.

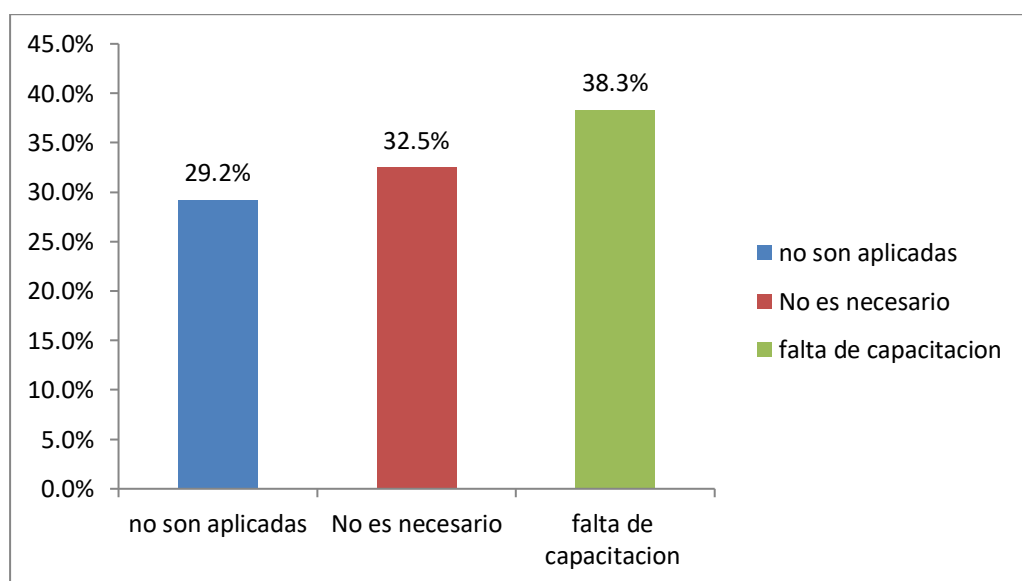
3.1.2 Razones o Causas de No Considerar los planteamientos teóricos, en la Comunidad Jurídica.

Tabla 04: Razones o causas de La Comunidad Jurídica para no considerar los planteamientos teóricos.

| | N° | % |
|-----------------------|------------|---------------|
| Falta de Capacitación | 118 | 38.3% |
| No son Aplicadas | 90 | 29.2% |
| No es necesario | 100 | 32.5% |
| Total | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 02: Razones o causas de la comunidad Jurídica para no considerar los planteamientos teóricos.



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes, se observa que las razones o causas de no Considerar los planteamientos teóricos es: 29% no son aplicables; 33% no es necesario y 38% por falta de capacitación.

3.1.3. Resultados de los tipos de Técnicas de Reproducción Asistida que se consideran y no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, por la Comunidad Jurídica.

A.- El promedio de los porcentajes de los tipos de Técnicas de Reproducción Asistida que no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de 58%.

Según la prelación individual para cada respuesta en la siguiente tabla es de:

Tabla 05: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistidas que no se considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Técnicas de Reproducción Asistida | Rptas No Contestadas | % |
|--|----------------------|------------|
| ovodonacion | 184 | 25.9% |
| Transferencia intratubarica de gametos | 180 | 25.4% |
| Fecundación In vitro | 174 | 24.5% |
| Inseminación Artificial | 172 | 24.2% |
| TOTAL | 710 | 58% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de los tipos de Técnicas de Reproducción Asistida que **se Consideran** en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de **42%**.

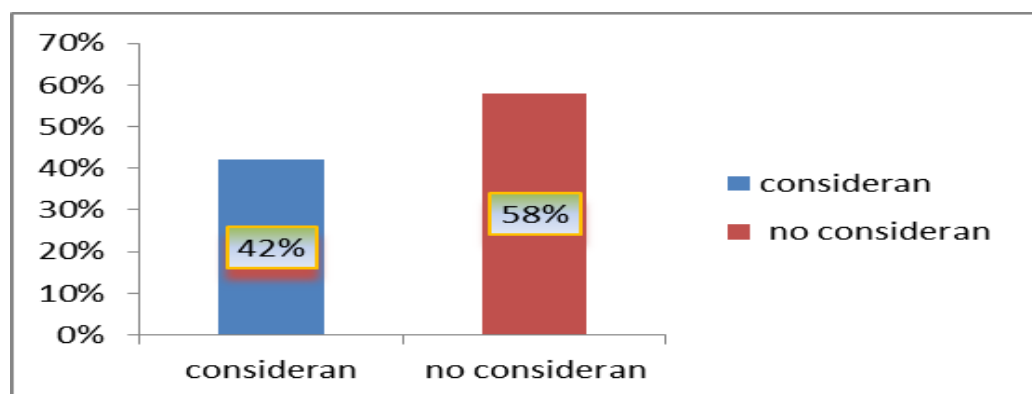
La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 06: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistidas que se Considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Técnicas de Reproducción Asistida | Rptas Contestadas | % |
|--|-------------------|------------|
| Ovodonacion | 124 | 23.8% |
| Transferencia intratubarica de gametos | 128 | 24.5% |
| Inseminación Artificial | 134 | 25.7% |
| Fecundación In vitro | 136 | 26.1% |
| TOTAL | 522 | 42% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en derecho de familia del distrito judicial de Chiclayo.

Figura 03: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistida que se consideran y no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, por la Comunidad Jurídica.



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 42% de los informantes considera las Técnicas de Reproducción Asistida en relación a la determinación legal

sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, mientras que un 58% No consideran dichas Técnicas.

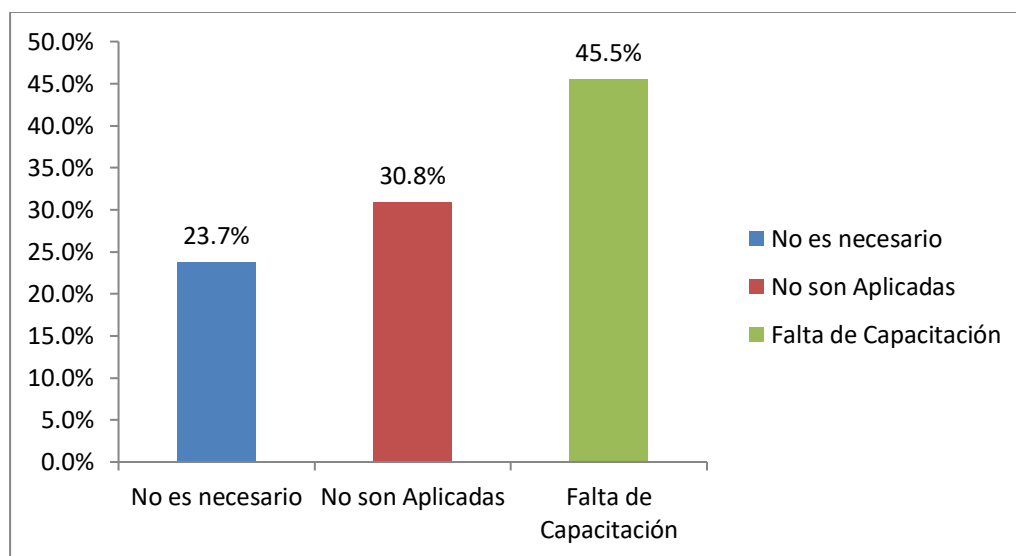
3.1.4. Razones o Causas de No Considerar las Técnicas de Reproducción Asistida, en la Comunidad Jurídica.

Tabla 07: Razones o causas de La Comunidad Jurídica para no considerar las Técnicas de Reproducción Asistida.

| | N° | % |
|-----------------------|-----|--------|
| No es necesario | 73 | 23.7% |
| No son Aplicadas | 95 | 30.8% |
| Falta de Capacitación | 140 | 45.5% |
| Total | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 04: Razones o causas de La Comunidad Jurídica para no considerar las Técnicas de Reproducción Asistida.



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes, se observa que las razones o causas de no Considerar las Técnicas de Reproducción

Asistida es: 24% no es necesario; 31% no son aplicadas; 46% por faltas de capacitación.

3.1.5. Resultados de las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que se consideran y no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, por la Comunidad Jurídica.

A.- El promedio de los porcentajes de las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de 63%.

Según la prelación individual para cada respuesta en la siguiente tabla es de:

Tabla 8: las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| NORMAS | Rptas No Contestadas | % |
|---|-----------------------------|------------|
| Código Civil | 219 | 22.6% |
| Constitución Política del Perú | 207 | 21.3% |
| la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre | 195 | 20.1% |
| Ley General de salud N° 26842 | 194 | 20.0% |
| Derechos reproductivos y salud reproductiva | 156 | 16.1% |
| TOTAL | 971 | 63% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B.- El promedio de los porcentajes de las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que se **consideran** en relación a la determinación legal

sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de 37%

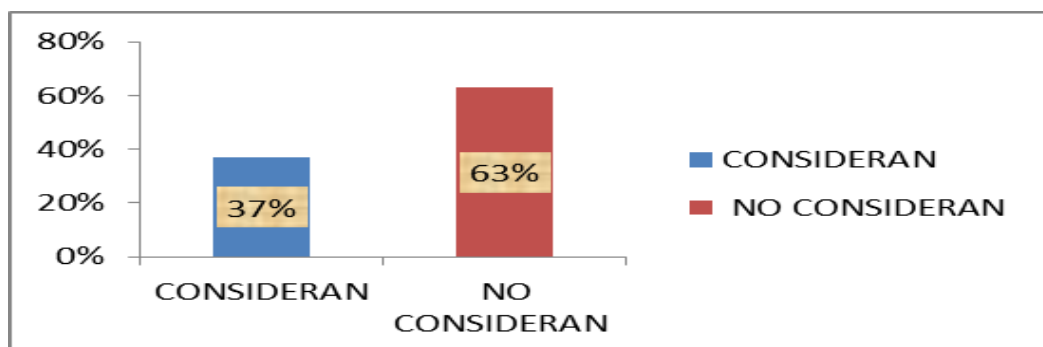
Según la prelación individual para cada respuesta en la siguiente tabla es de:

Tabla 09: Las normas de nuestro ordenamiento jurídico que se considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| NORMAS | Rptas Contestadas | % |
|---|-------------------|--------|
| Derechos reproductivos y salud reproductiva | 89 | 15.6% |
| la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre | 101 | 17.8% |
| Código Civil | 113 | 19.9% |
| Constitución Política del Perú | 114 | 20.0% |
| Ley General de salud N° 26842 | 152 | 26.7% |
| TOTAL | 569 | 37% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 05: Normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que se consideran y no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 37% de los informantes considera las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, mientras que un 63% No consideran dichas normas.

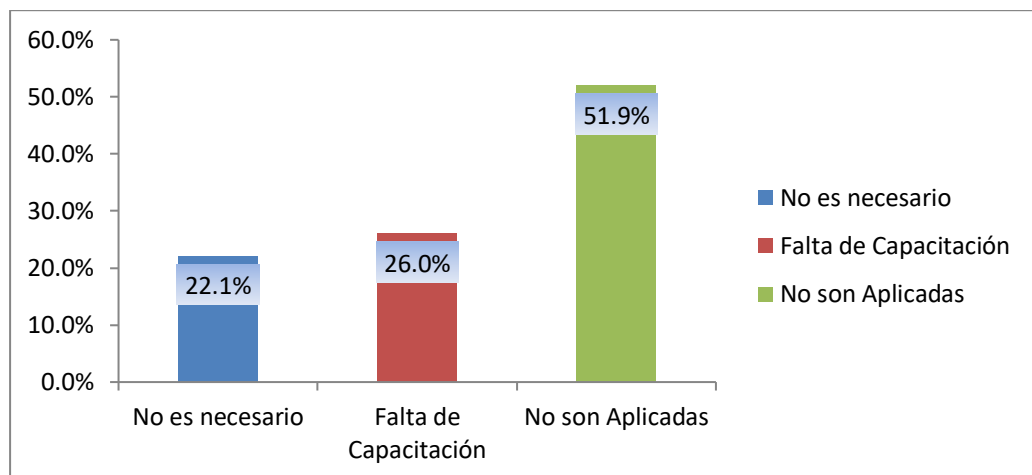
3.1.6. Razones o Causas de No Considerar las Normas, en la Comunidad Jurídica.

Tabla 10: Razones o causas de La Comunidad Jurídica para no considerar las Normas.

| Razones o Causas | N° | % |
|-----------------------|-----|--------|
| No es necesario | 68 | 22.1% |
| Falta de Capacitación | 80 | 26.0% |
| No son Aplicadas | 160 | 51.9% |
| Total | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo

Figura 06: Razones o causas de La Comunidad Jurídica para no considerar las Normas.



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes, se observa que las razones o causas de no Considerar la Norma es: 22% no es necesario; 26% por falta de capacitación y 52% no son aplicables.

3.1.7. Resultados de las Jurisprudencias que se consideran y no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, por la Comunidad Jurídica.

A.- El promedio de los porcentajes de las Jurisprudencias que **no consideran** en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, es de 60%

Según la prelación individual para cada respuesta en la siguiente tabla es de:

Tabla 11: Las Jurisprudencias que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| JURISPRUDENCIA | Rptas No Consideradas | % |
|--------------------------|-----------------------|--------|
| Casación N°563-2011-Lima | 210 | 38.0% |
| STC N° 1817-2009-PHC/TC | 180 | 32.6% |
| Casación 2112-2009 | 162 | 29.3% |
| TOTAL | 552 | 60.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B.- El promedio de los porcentajes de las Jurisprudencias que **Se Consideran** en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, es de 40%

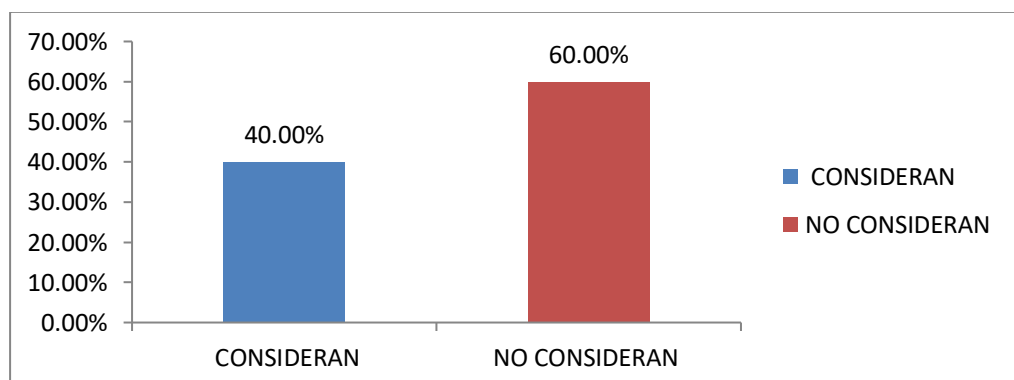
Según la prelación individual para cada respuesta en la siguiente tabla es de:

Tabla 12: Las Jurisprudencias que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| JURISPRUDENCIA | Rptas No Consideras | % |
|--------------------------|---------------------|--------|
| Casación N°563-2011-Lima | 98 | 26.3% |
| STC N° 1817-2009-PHC/TC | 128 | 34.4% |
| Casación 2112-2009 | 146 | 39.2% |
| TOTAL | 372 | 40.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 07: Jurisprudencia que se consideran y no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 40% de los informantes considera las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana., mientras que un 60% No consideran dichas Jurisprudencias.

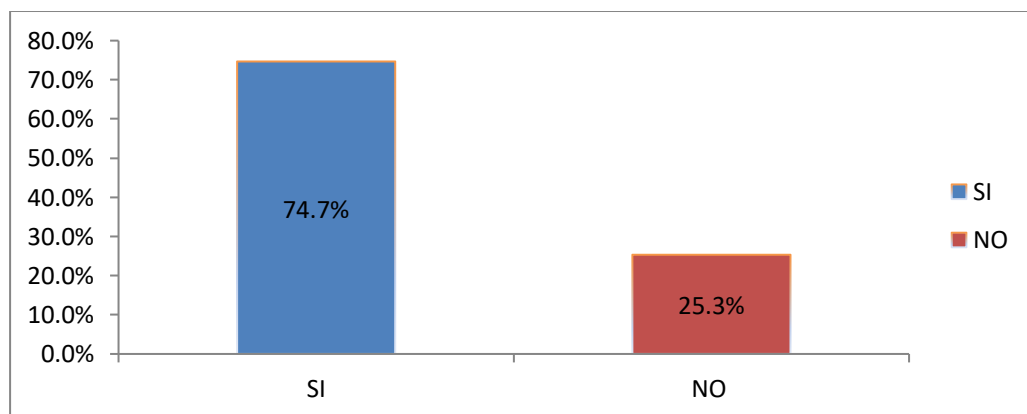
3.1.8. Resultados sobre si es conveniente según la problemática que Correspondería una propuesta de ley sobre maternidad subrogada, por la Comunidad Jurídica.

Tabla 13: El promedio de los porcentajes de una propuesta de ley que opinan la Comunidad Jurídica en relación la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana

| Propuesta de Ley | RESPUESTAS | % |
|------------------|------------|--------|
| SI | 230 | 74.7% |
| NO | 78 | 25.3% |
| Total | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 08: El promedio de los porcentajes de una propuesta de ley que opinan la Comunidad Jurídica en relación la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.



Fuente: Propia investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes, se observa que la propuesta de Ley: 75% es SI y 25% dijo que NO.

3.2. DESCRIPCIÓN ACTUAL DE LOS RESPONSABLES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

3.2.1. Resultados de Los Responsables en relación a Planteamientos Teóricos que influyen en determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana que se consideran y no consideran.

A. El promedio de porcentajes de planteamientos teóricos que No Consideran en opinión de los Responsables es de 70%.

La prelación individual para cada concepto es de:

Tabla 14: Planteamientos teóricos que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana.

| PLANTEAMIENTOS TEORICOS | Rptas No Consideradas | % |
|--|-----------------------|------------|
| Técnicas de reproducción Asistida | 7 | 25.0% |
| Principio de la voluntad procreacional | 8 | 28.6% |
| Maternidad subrogada | 6 | 21.4% |
| Vinculo biológico | 7 | 25.0% |
| TOTAL | 28 | 70% |
| Informantes | 10 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a Especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que se Consideran en opinión de los Responsables es de 30%

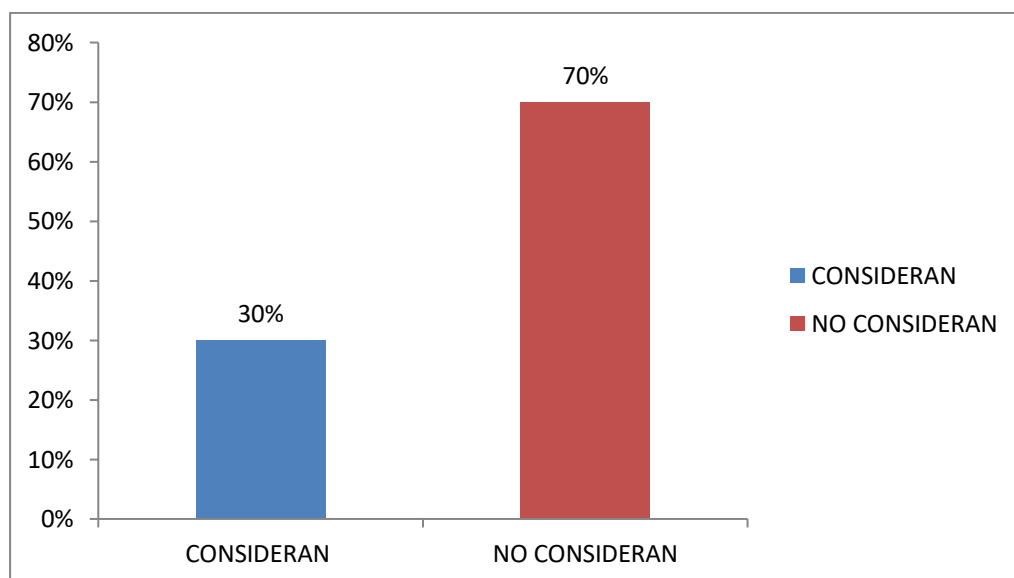
La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 15: Planteamientos teóricos que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| PLANTEAMIENTOS TEORICOS | Rptas Contestadas | % |
|--|-------------------|------------|
| Técnicas de reproducción Asistida | 3 | 25.0% |
| Principio de la voluntad procreacional | 2 | 16.7% |
| Maternidad subrogada | 4 | 33.3% |
| Vinculo biológico | 3 | 25.0% |
| TOTAL | 12 | 30% |
| Informantes | 10 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a Especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 9: Nivel de planteamientos Teóricos considerados y no considerados



Fuente: Propia Investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 30% de los informantes opinan que se consideran los planteamientos teóricos, mientras que un 70% opina que no se consideran.

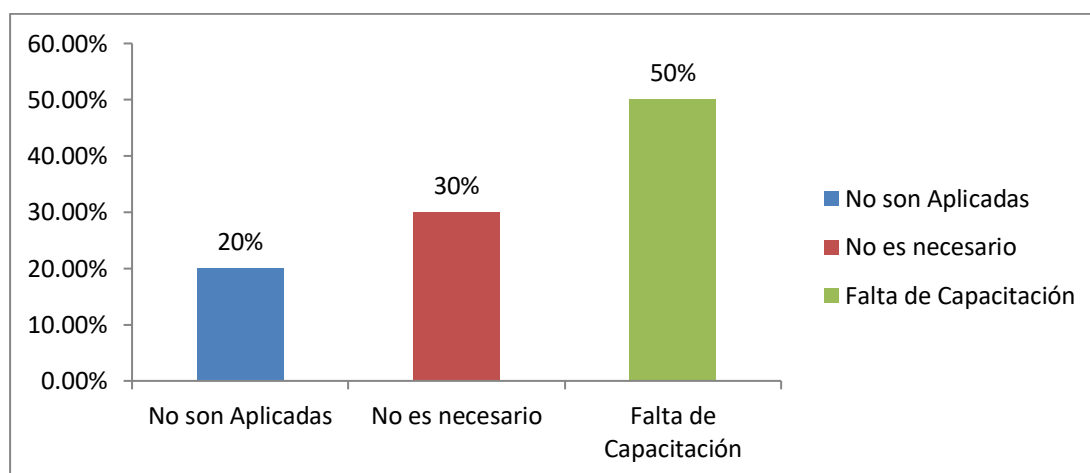
3.1.2 Razones o Causas de No Considerar los planteamientos teóricos, en la Comunidad Jurídica.

Tabla 16: Razones o causas de La Comunidad Jurídica para no considerar los planteamientos teóricos.

| Razones o causas | N° | % |
|-----------------------|----|---------|
| No son Aplicadas | 2 | 20.00% |
| No es necesario | 3 | 30.00% |
| Falta de Capacitación | 5 | 50.00% |
| Total | 10 | 100% |
| Informantes | 10 | 100.00% |

Fuente: cuestionario aplicado a los Médicos Especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 10: Razones o causas de los Responsable para no considerar los planteamientos teóricos.



Fuente: Propia investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes, se observa que las razones o causas de no Considerar los planteamientos teóricos es: 20% son aplicados; 30% no es necesario y 50% por falta de Capacitación.

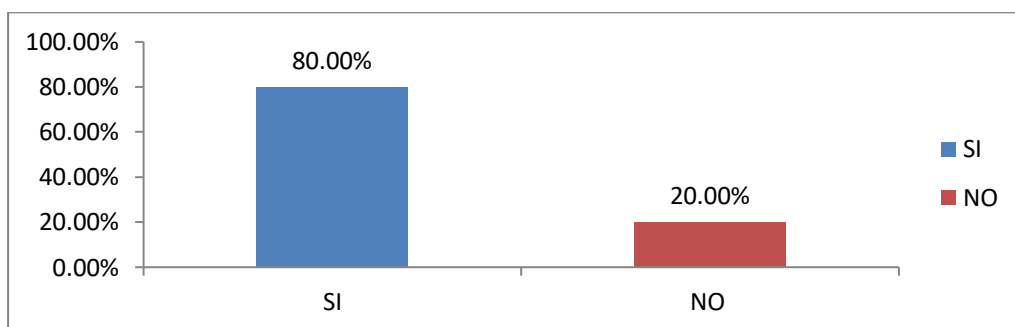
3.1.3. Resultados sobre si es conveniente según la problemática que Correspondería una propuesta de ley sobre maternidad subrogada, por los Responsables.

Tabla 17: El promedio de los porcentajes de una propuesta de ley que opinan los Responsables en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Propuesta de Ley | RESPUESTA S | % |
|------------------|----------------|----------------|
| SI | 8 | 80.00% |
| NO | 2 | 20.00% |
| TOTAL | 10 | 100.00% |

Fuente: cuestionario aplicado a los Médicos Especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida del Distrito Judicial de Chiclayo.

Figura 11: El promedio de los porcentajes de una propuesta de ley que opinan los Responsables en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.



Fuente: Propia investigación

Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes, se observa que la propuesta de Ley: 80% es SI y 20% dijo que NO.

CAPITULO IV
ANALISIS DE LA
REALIDAD

4.1. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ENCONTRADA DE LOS EMPIRISMOS NORMATIVOS EN RELACIÓN A LA COMUNIDAD JURÍDICA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

4.1.1 Análisis de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

Análisis del nivel de aplicación de los conceptos que teóricamente consideran básicos la Comunidad Jurídica en los Empirismos Normativos y las Discrepancias Teóricas que A la Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana.

a) **La Voluntad:** Es la capacidad que faculta al individuo gobernar sus acciones, disponer con libertad e inclinarse por un tipo de comportamiento definido.

b) **Maternidad plena:** El niño nato obtendrá el elemento genético materno de la fémmina subrogada y paterna del cónyuge.

c) **Concepción:** Es la que marca el momento inicial de la vida humana y asimismo de reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser.

d) **Maternidad Referencial:** es la madre generalmente fallecida, cuyo menor no disfruta de la asistencia física de la madre, pero es tenido como referente para el hijo quien lo toma como modelo. En el caso de las técnicas de procreación artificial, hace referencia a las formas de fecundación post mortem.

e) **Subrogación uterina:** es una alternativa de procedimiento para la mujer con imposibilidades de contraindicaciones gestacional, usualmente por carencia de matriz; permitiéndoles así tener niños propios con sus genes.

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, la **FIGURA 01** que; El promedio de porcentajes de **DESCONOCIMIENTO** por parte de la Comunidad jurídica en el Nivel de aplicación de los conceptos que teóricamente consideran básicos los informantes en los Empirismos Normativos en la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana es de 59%,, mientras que el porcentaje de **CONOCIMIENTO** es de 41%, con una prelación individual para cada concepto como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **No Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **59%** con un total de 910 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y lo interpretamos como: **Empirismos Normativos.**

La prelación individual para cada planteamiento teórico en los Informantes del Derecho en la siguiente tabla es de:

Tabla 02: Planteamientos teóricos que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Planteamientos Teóricos | Rstas contestadas | No % |
|--------------------------------|--------------------------|-------------|
| la Voluntad | 200 | 22.0% |
| Maternidad plena | 160 | 17.6% |
| Concepción | 182 | 20.0% |
| Maternidad Referencial | 170 | 18.7% |
| Subrogación uterina | 198 | 21.8% |
| TOTAL | 910 | 59.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que se **Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **41%** con un total de 164 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 03: Planteamientos teóricos que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana.

| Planteamientos Teóricos | Rptas Contestadas | % |
|--------------------------------|------------------------------|--------------|
| la Voluntad | 108 | 17.1% |
| Maternidad plena | 148 | 23.5% |
| Concepción | 126 | 20.0% |
| Maternidad Referencial | 138 | 21.9% |
| Subrogación uterina | 110 | 17.5% |
| TOTAL | 630 | 41.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

4.1.2. Apreciaciones resultantes del análisis en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

A. Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos

59% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es de: 22% para la Voluntad; 17.6% para la Maternidad plena; 20% para la Concepción; 18.7% Maternidad Referencial; 21.8% Subrogación uterina

B. Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamiento Teóricos 41% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es del 17.1% para

la Voluntad; 23.5% para Maternidad plena; 20.0% para Concepción; 21.9% para Maternidad Referencial; 17.5% para Subrogación uterina.

C. Principales Razones o Causas

38.3% Falta de Capacitación

29.2% No son Aplicadas

32.5% No es necesario

4.1.3. Análisis de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

- a) **Ovodonación:** Consistente en fecundar el ovulo de una donante con el elemento genético del esposo de la paciente, consiguiendo embriones en la laboratorio para luego ser transferidos a la matriz.
- b) **Transferencia intratubarica de gametos:** Consta en instalar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraído mediante la paroscopia y espermatozoides, para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que normalmente se produce la fecundación.
- c) **Inseminación Artificial:** Grupo de métodos inventadas por el humano, indistintamente de forma nata, dedicadas a conectar los elementos ontogénicos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación
- d) **Fecundación In vitro:** Es un proceso que se compone de una serie de trámites médicos y biológicos a favorecer la fusión de ovocitos y espermatozoides en el laboratorio, con objeto de obtener unos embriones que se introducirán en el útero para lograr la gestación

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, la **FIGURA 03** que; El promedio de porcentajes de **DESCONOCIMIENTO** por parte de la Comunidad jurídica en el Nivel de aplicación de los conceptos que teóricamente consideran básicos los informantes en los Empirismos Normativos y las Discrepancias Teóricas en la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana es de **58%**, mientras que el porcentaje de **CONOCIMIENTO** es de **42%**, con una prelación individual para cada concepto como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **No Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **58%** con un total de 710 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y lo interpretamos como: **Empirismos Normativos**

La prelación individual para cada planteamiento teórico en los Informantes del Derecho en la siguiente tabla es de:

Tabla 05: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistidas que no se considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Técnicas de Reproducción Asistida | Rptas No Contestadas | % |
|---|-----------------------------|----------|
| ovodonacion | 184 | 25.9% |
| Transferencia intratubárica de gametos | 180 | 25.4% |
| Fecundación In vitro | 174 | 24.5% |
| Inseminación Artificial | 172 | 24.2% |
| TOTAL | 710 | 58% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **se Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **42%** con un total de 164 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros**. La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 06: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistidas que se Considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Técnicas de Reproducción Asistida | Rptas Contestadas | % |
|--|--------------------------|------------|
| Ovodonacion | 124 | 23.8% |
| Transferencia intratubarica de gametos | 128 | 24.5% |
| Inseminación Artificial | 134 | 25.7% |
| Fecundación In vitro | 136 | 26.1% |
| TOTAL | 522 | 42% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en derecho de familia del distrito judicial de Chiclayo.

4.1.4. Apreciaciones resultantes del análisis en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

A. Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos

58% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es de: 25.9% para la ovodonacion; 25.4% para la Transferencia intratubarica de gametos; 24.5% para la Inseminación Artificial; 24.2% para la Fecundación In vitro

B. Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamiento Teóricos

42% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es del 23.8% para

la ovodonación; 24.5% para la Transferencia intratubárica de gametos; 25.7% para la Inseminación Artificial; 26.1% para la Fecundación In vitro

C. Principales Razones o Causas

23.7% No es necesario

30.8% No son Aplicadas

45.5% Falta de Capacitación

4.1.5. Análisis de la Comunidad jurídica respecto a la norma.

- a) Constitución Política del Perú.- El artículo 6° de la Constitución, donde precisa que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir, haciendo mención indirectamente al derecho a la procreación como un presupuesto para poder hablar de paternidad y maternidad responsable
- b) Código Civil.- El artículo 413 admite la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. El art. 236° del Código Civil, que se ve directamente afectado con un reconocimiento de paternidad o maternidad no acorde con la realidad del vínculo biológico, subyaciendo
- c) Ley General de salud N° 26842. EL Artículo 7°: Toda persona tiene el 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 recaiga sobre la misma persona
- d) Tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art.15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, el cual constituye una facultad de las personas, que comprende dos aspectos esenciales: Derecho a fundar una familia e Igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio
- e) Cap. VII. Derechos reproductivos y salud reproductiva de la Plataforma de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que se llevó a cabo en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, que definió la salud reproductiva como el “estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, entraña la capacidad de disfrutar de una

vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según la **FIGURA N° 5** que: el promedio de los porcentajes que no considera las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de 63%.,mientras que el promedio de los porcentajes de que dicha norma si Considera las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de 37%, con una prelación individual para cada planteamiento teórico como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes de **no considerar** las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de **63%**. Con un total de 971 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **Empirismos Normativos**.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla 8: Las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que no consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| NORMAS | Rptas No Contestadas | % |
|---|----------------------|--------|
| Código Civil | 219 | 22.6% |
| Constitución Política del Perú | 207 | 21.3% |
| la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre | 195 | 20.1% |
| Ley General de salud N° 26842 | 194 | 20.0% |
| Derechos reproductivos y salud reproductiva | 156 | 16.1% |
| TOTAL | 971 | 63% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de las normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de **37%** con un total de 569 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla 09: Las normas de nuestro ordenamiento jurídico que se considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| NORMAS | Rptas Contestadas | % |
|---|------------------------------|------------|
| Derechos reproductivos y salud reproductiva | 89 | 15.6% |
| la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre | 101 | 17.8% |
| Código Civil | 113 | 19.9% |
| Constitución Política del Perú | 114 | 20.0% |
| Ley General de salud N° 26842 | 152 | 26.7% |
| TOTAL | 569 | 37% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

4.1.6. Apreciaciones resultantes del análisis en la Comunidad Jurídica respecto a la Norma.

A. Empirismo Normativo en la Comunidad Jurídica, respecto a la Norma.

63% de respecto a la Norma.

La prelación individual de porcentajes de Empirismo Normativo en la Comunidad Jurídica, respecto a la Norma, es de: 22.6% para el Código Civil; 21.3% para la Constitución Política del Perú; 20.1% para la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; 20.0% para la Ley General de salud N° 26842; 16.1% para los Derechos reproductivos y salud reproductiva

B. Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a la Norma.

37% de Logros respecto a la Norma.

La prelación individual de porcentajes de Empirismo Normativo en la Comunidad Jurídica, respecto a la Norma, respecto a la Norma, es de: 15.6% para los Derechos reproductivos y salud reproductiva; 17.8% para la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 19.9% para el Código Civil; 20.0% para la Constitución Política del Perú; 26.7% para la Ley General de salud N° 26842.

C. Principales Razones o Causas

22.1% No es necesario

26.0% Falta de Capacitación

51.9% No son Aplicadas

4.1.7. Análisis de la Comunidad jurídica respecto a la Jurisprudencias.

La Jurisprudencias que deben considerar en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana

- a) Casación N°563-2011-Lima.- La sentencia que en esta oportunidad se comenta, del 6 de diciembre del 2011, supone la primera resolución de la Corte Suprema en relación con el tema de los vientres de alquiler. La importancia de esta decisión, radica en el precedente que el Alto Tribunal peruano ha creado sobre el delicado tema de la maternidad subrogada. La decisión recoge el caso de un matrimonio (doña D.F.P.Q. y don G.S) que encargaron a una mujer (I.Z.C.M) la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja comitente pagó una alta suma de dinero a la gestante (\$ 18, 900 dólares americanos)
- b) STC N° 1817-2009-PHC/TC.- Al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad, a tener familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la eficacia de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional (TC) resolvió declarar fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por doña Shelah Allison Hoefken, a favor de sus dos menores hijos, retenidos irregularmente por su padre. Esta es la primera

vez que el Tribunal se pronuncia en un caso de esta índole. El TC ordenó al padre de los niños, don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, que cumpla con entregar de manera inmediata al menor J.A.R.R.A. a su madre, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad. Respecto del otro menor, este ya fue entregado a su progenitora con fecha 3 de marzo del 2008, a mérito de una medida cautelar judicial

- c) Casación 2112-2009.-Se trata del recurso de casación interpuesto por Antony Manuel Herrera Esquivel, mediante escrito de fojas ciento trece, contra el auto de vista emitido por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas noventa y nueve, su fecha cuatro de marzo del año dos mil nueve, que revocó la resolución apelada de fojas cincuenta y cinco que declaró infundada la excepción de caducidad propuesta por la demandada Roxana Cortez Nonajulca y saneado el proceso, con lo demás que contiene, y reformándola, declaró fundada la citada excepción e improcedente la demanda; Que, siendo así, atendiendo a la interpretación de la norma constitucional conforme a lo normado en los tratados internacionales y a lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el particular, este Colegiado Supremo estima que el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según la **FIGURA N° 7** que: el promedio de los porcentajes que **no considera** la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, es de 60% mientras que el promedio de los porcentajes de que dicha norma **si Considera** la jurisprudencia en relación a la a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana 40%, con una prelación individual para cada planteamiento teórico como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes de **no considerar** la jurisprudencia en relación a la a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de **60%**, con un total de 552 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **Empirismos Normativos**

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla 11: Las Jurisprudencias que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| JURISPRUDENCIA | Rptas No Consideradas | % |
|--------------------------|------------------------------|--------------|
| Casación N°563-2011-Lima | 210 | 38.0% |
| STC N° 1817-2009-PHC/TC | 180 | 32.6% |
| Casación 2112-2009 | 162 | 29.3% |
| TOTAL | 552 | 60.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

B. El promedio de los porcentajes de **considerar** la legislación internacional en relación a la a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.es de 40%, con un total de 372 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla 12: Las Jurisprudencias que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| JURISPRUDENCIA | Rptas Consideras | % |
|--------------------------|-----------------------------|----------|
| Casación N°563-2011-Lima | 98 | 26.3% |
| STC N° 1817-2009-PHC/TC | 128 | 34.4% |
| Casación 2112-2009 | 146 | 39.2% |
| TOTAL | 372 | 40.0% |
| COMUNIDAD JURIDICA | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

60. % integrando los porcentajes de Empirismos normativos de la comunidad jurídica respecto a Planteamientos Teóricos, Norma y la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

40% integrando los porcentajes de Logros de Empirismos normativos de la comunidad jurídica respecto a Planteamientos Teóricos, Norma y la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

4.1.8. ¿Cree conveniente según la problemática que Correspondería una propuesta de ley sobre maternidad subrogada?

74.7% SI

25.3% NO

Se aprecia de los resultados que el **74.7% si considera** que debería darse esta propuesta de ley sobre maternidad subrogada y **25.3% no consideran** necesaria dicha propuesta de ley.

4.2. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ENCONTRADA DE LAS DISCREPANCIAS TEORICAS EN RELACIÓN A LA COMUNIDAD JURIDICA RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

4.2.1. Análisis de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

Análisis del nivel de aplicación de los conceptos que teóricamente consideran básicos la Comunidad Jurídica en las Discrepancias Teóricas en la Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana.

a) La Voluntad: Es la capacidad que acepta al individuo a gobernar sus actos, decidir con libertad y elegir por un tipo de conducta establecida.

b) Maternidad plena: es la que une la relación genética, gestativa y legal, cumpliendo plenamente los deberes que se derivan de la maternidad.

c) Concepción: Es la que marca el momento inicial de la vida humana y asimismo de reconocimiento de la personalidad jurídica del nuevo ser.

d) Maternidad Referencial: es la madre generalmente fallecida, cuyo menor no goza de la presencia física de la madre pero es tenido como referente para el hijo quien lo toma como modelo. En el caso de las técnicas de procreación artificial, hace referencia a las formas de fecundación post mortem.

e) Subrogación uterina: Emplear la IA compromete que la madre subrogada contribuye siempre el gameto femenino (ovocito), por lo que el menor nacido tendrá la contribución genética de la madre subrogada.

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, la **FIGURA 01** que; El promedio de porcentajes de **DESCONOCIMIENTO** por parte de la Comunidad jurídica en el Nivel de aplicación de los conceptos que teóricamente consideran básicos los informantes en las Discrepancias Teórica en la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana es de 59%,, mientras que el porcentaje de **CONOCIMIENTO** es de 41%, con una prelación individual para cada concepto como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **No Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **59%** con un total de 910 respuestas

no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y lo interpretamos como: **Discrepancias Teóricas.**

La prelación individual para cada planteamiento teórico en los Informantes del Derecho en la siguiente tabla es de:

Tabla 02: Planteamientos teóricos que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Planteamientos Teóricos | Rstas | No % |
|--------------------------------|--------------------|-------------|
| | contestadas | |
| la Voluntad | 200 | 22.0% |
| Maternidad plena | 160 | 17.6% |
| Concepción | 182 | 20.0% |
| Maternidad Referencial | 170 | 18.7% |
| Subrogación uterina | 198 | 21.8% |
| TOTAL | 910 | 59.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

- B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que se **Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **41%** con un total de 164 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros.**

La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 03: Planteamientos teóricos que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Planteamientos Teóricos | Rptas | % |
|--------------------------------|--------------------|---------------|
| | Contestadas | |
| la Voluntad | 108 | 17.1% |
| Maternidad plena | 148 | 23.5% |
| Concepción | 126 | 20.0% |
| Maternidad Referencial | 138 | 21.9% |
| Subrogación uterina | 110 | 17.5% |
| TOTAL | 630 | 41.0% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

4.2.2. Apreciaciones resultantes del análisis en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

A. Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos

59% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es de: 22% para la Voluntad; 17.6% para la Maternidad plena; 20% para la Concepción; 18.7% Maternidad Referencial; 21.8% Subrogación uterina

B. Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamiento Teóricos 41%

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es del 17.1% para

la Voluntad; 23.5% para Maternidad plena; 20.0% para Concepción; 21.9% para Maternidad Referencial; 17.5% para Subrogación uterina.

C. Principales Razones o Causas

38.3% Falta de Capacitación

29.2% No son Aplicadas

32.5% No es necesario

4.2.3. Análisis de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos.

- a) **Ovodonación:** Consistente en fecundar el ovulo de una donante con el elemento genético del esposo de la paciente, consiguiendo embriones en la laboratorio para luego ser transferidos a la matriz.
- b) **Transferencia intratubarica de gametos:** Consta en instalar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraído mediante la paroscopia y espermatozoides, para que fecunden a aquéllos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que normalmente se produce la fecundación.
- c) **Inseminación Artificial:** Grupo de métodos inventadas por el humano, indistintamente de forma nata, dedicadas a conectar los elementos ontogenéticos del hombre y la mujer, el espermatozoide con el óvulo, con el pretendido resultado de una fecundación.
- d) **Fecundación In vitro:** Es un proceso que se compone de una serie de trámites médicos y biológicos a favorecer la fusión de ovocitos y espermatozoides en el laboratorio, con objeto de obtener unos embriones que se introducirán en el útero para lograr la gestación

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, la **FIGURA 03** que; El promedio de porcentajes de **DESCONOCIMIENTO** por parte de la Comunidad jurídica en el Nivel de aplicación de los conceptos que teóricamente consideran básicos los informantes en las Discrepancias Teóricas en la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana es de **58%**, mientras que el porcentaje de **CONOCIMIENTO** es de **42%**, con una prelación individual para cada concepto como a continuación veremos:

- A. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **No Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **58%** con un total de 710 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y lo interpretamos como: **Discrepancias Teóricas**

La prelación individual para cada planteamiento teórico en los Informantes del Derecho en la siguiente tabla es de:

Tabla 05: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistidas que no se considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Técnicas de Reproducción Asistida | Rptas No Contestadas | % |
|--|-----------------------------|------------|
| ovodonacion | 184 | 25.9% |
| Transferencia intratubarica de gametos | 180 | 25.4% |
| Fecundación In vitro | 174 | 24.5% |
| Inseminación Artificial | 172 | 24.2% |
| TOTAL | 710 | 58% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en Derecho de Familia del Distrito Judicial de Chiclayo.

- B. El promedio de los porcentajes de planteamientos teóricos que **se Consideran** en opinión de la comunidad jurídica es de **42%** con un total de 164 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: **Logros**.

La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

Tabla 06: Los tipos de Técnicas de Reproducción Asistidas que se Considera en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| Técnicas de Reproducción Asistida | Rptas Contestadas | % |
|--|--------------------------|------------|
| Ovodonacion | 124 | 23.8% |
| Transferencia intratubarica de gametos | 128 | 24.5% |
| Inseminación Artificial | 134 | 25.7% |
| Fecundación In vitro | 136 | 26.1% |
| TOTAL | 522 | 42% |
| Informantes | 308 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a abogados especialistas en derecho de familia del distrito judicial de Chiclayo.

4.2.4. Apreciaciones resultantes del análisis en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

A. Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamientos Teóricos

58% de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es de: 25.9% para la ovodonacion; 25.4% para la Transferencia intratubarica de gametos; 24.5% para la Inseminación Artificial; 24.2% para la Fecundación In vitro

B. Logros en la Comunidad Jurídica, respecto a los Planteamiento Teóricos

42% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias Teóricas en la Comunidad Jurídica, respecto a Planteamientos Teóricos, es del 23.8% para la ovodonación; 24.5% para la Transferencia intratubárica de gametos; 25.7% para la Inseminación Artificial; 26.1% para la Fecundación In vitro

C. Principales Razones o Causas

23.7% No es necesario

30.8% No son Aplicadas

45.5% Falta de Capacitación

4.3. ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN ENCONTRADA DE LAS DISCREPANCIAS TEÓRICAS EN LOS RESPONSABLES RESPECTO A LA DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

4.3.1.- Análisis de los Responsables respecto a los planteamientos teóricos.

Se conoce que, entre los planteamientos teóricos que se deben considerar en opinión de la Comunidad Jurídica, cuando hay Responsabilidad Civil en la gerencia regional de educación de Lambayeque por casos de acoso escolar, tenemos los siguientes:

- a) **Técnicas de reproducción Asistida:** Son métodos mediante los cuales se trata de acercar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de beneficiar el embarazo.
- b) **Principio de la voluntad procreacional:** En un sentido amplio, el ánimo o la intención de una persona de procrear, o en su caso, de dejar de hacerlo.
- c) **Maternidad subrogada:** Las prácticas a inseminar a una mujer artificialmente con el espermatozoides del hombre contratante o que se le implante un embrión formado con un óvulo de la mujer contratante y el espermatozoides del

esposo de la mujer contratante, para procrear y/o sobrellevar y dar a luz al niño.

- d) **Vinculo biológico:** Es una unión, relación o atadura de una persona o cosa con otra. Por lo tanto, dos personas u objetos vinculados están unidos, encadenados, emparentados o atados, ya sea de forma física o simbólica.

En la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según la **FIGURA N°10** que: el promedio de los porcentajes que no considera la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, es de **70%** mientras que el promedio de los porcentajes de que dicha norma si Considera la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana **30%**, con una prelación individual para cada planteamiento teórico como a continuación veremos:

- A. El promedio de los porcentajes de **no considerar** la jurisprudencia en relación a la a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana es de **70%**, con un total de 28 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: **Discrepancias Teóricas**

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla 14: Planteamientos teóricos que no se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogación en la jurisprudencia peruana

| PLANTEAMIENTOS TEORICOS | Rptas No Consideradas | % |
|--|------------------------------|------------|
| Técnicas de reproducción Asistida | 7 | 25.0% |
| Principio de la voluntad procreacional | 8 | 28.6% |
| Maternidad subrogada | 6 | 21.4% |
| Vinculo biológico | 7 | 25.0% |
| TOTAL | 28 | 70% |
| Informantes | 10 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a Especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida del Distrito Judicial de Chiclayo.

- B. El promedio de los porcentajes de **considerar** la legislación internacional en relación a la a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.es de **30%**, con un total de 12 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: Logros.

La prelación individual para cada norma respecto en la siguiente tabla es de:

Tabla 15: Planteamientos teóricos que se consideran en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

| PLANTEAMIENTOS TEORICOS | Rptas Contestadas | % |
|--|------------------------------|------------|
| Técnicas de reproducción Asistida | 3 | 25.0% |
| Principio de la voluntad procreacional | 2 | 16.7% |
| Maternidad subrogada | 4 | 33.3% |
| Vínculo biológico | 3 | 25.0% |
| TOTAL | 12 | 30% |
| Informantes | 10 | 100.0% |

Fuente: cuestionario aplicado a Especialistas en Técnicas de Reproducción Asistida del Distrito Judicial de Chiclayo.

C. Principales Razones o Causas

20.00% No son Aplicadas

30.00% No es necesario

50.00% Falta de Capacitación

CAPITULO V
CONCLUSIONES

5.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS

5.1.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS, RESPECTO A LAS PARTES O VARIABLES DEL PROBLEMA.

5.1.1.1. Empirismos normativos

- **Empirismos Normativos de la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**
- **59% de Empirismos Normativos en los Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 22.0% La Voluntad
- 17.6% Maternidad plena
- 20.0% Concepción
- 18.7% Maternidad Referencial
- 21.8% Subrogación uterina

La prelación Individual de porcentajes que No **Considera Principales Razones o Causas**

- 38.3% Falta de Capacitación
- 29.2% No son Aplicadas
- 32.5% No es necesario

- **Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a la Norma.**
- **63% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a la Norma.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en los **la Comunidad Jurídica**, respecto a la Norma, es de:

- 22.6% Código Civil
- 21.3% Constitución Política del Perú
- 20.1% La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
- 20.0% Ley General de salud N° 26842
- 16.1% Derechos reproductivos y salud reproductiva

La prelación Individual de porcentajes que No **Considera Principales Razones o Causas de los Empirismo Normativos** en la Comunidad jurídica es de:

- 22.1% No es necesario
- 26.0% Falta de Capacitación
- 51.9% No son Aplicadas

- **Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a la Jurisprudencia Peruana.**
- **60% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a la Legislación Comparada.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a la Legislación Comparada es de:

- 38.0% Casación N°563-2011-Lima
- 32.6% STC N° 1817-2009-PHC/TC
- 29.3% Casación 2112-2009

61% integrando los porcentajes de Empirismos normativos de la comunidad jurídica con los planteamientos teórico, las normas y la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

5.1.1.2. Discrepancias Teóricas:

- **Discrepancias Teóricas de la Comunidad Jurídica respecto a los planteamientos teóricos.**
- **59% de Discrepancias Teóricas en los Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Discrepancias Teóricas** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 22.0% La Voluntad
- 17.6% Maternidad plena
- 20.0% Concepción
- 18.7% Maternidad Referencial
- 21.8% Subrogación uterina

La prelación Individual de porcentajes que **No Considera Principales Razones o Causas**

- 38.3% Falta de Capacitación
- 29.2% No son Aplicadas
- 32.5% No es necesario

- **Discrepancias Teóricas de los Responsables respecto a los planteamientos teóricos.**
- **70% de Discrepancias Teóricas en los los Responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de la **Discrepancias Teóricas de los Responsables**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 25.0% Técnicas de reproducción Asistida
- 28.6% Principio de la voluntad procreacional
- 21.4% Maternidad subrogada
- 25.0% Vinculo biológico

La prelación Individual de porcentajes que No Considera Principales Razones o Causas de los Discrepancias Normativas en la Comunidad jurídica es de:

- 20.00% No son Aplicadas
- 30.00% No es necesario
- 50.00% Falta de Capacitación

5.1.2. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANÁLISIS, RESPECTO A LOS LOGROS COMO COMPLEMENTOS DE LAS PARTES O VARIABLES DEL PROBLEMA.

5.1.2.1. Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

- **41% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 22% para la Voluntad
- 17.6% para la Maternidad plena
- 20% para la Concepción
- 18.7% Maternidad Referencial
- 21.8% Subrogación uterina

5.1.2.2. Logros de la Comunidad Jurídica respecto a las Normas.

37% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a la Norma.

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a la Norma, es de:

- 15.6% los Derechos reproductivos y salud reproductiva
- 17.8% la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
- 19.9% el Código Civil;
- 20.0% La Constitución Política del Perú;
- 26.7% para la Ley General de salud N° 26842

5.1.2.3. Logros de la Comunidad Jurídica respecto a la Jurisprudencia Peruana

- **40% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a la Jurisprudencia.**

La prelación individual de porcentajes de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica, respecto a la Jurisprudencia Peruana es de:

- 26.3% Casación N°563-2011-Lima
- 34.4% STC N° 1817-2009-PHC/TC
- 39.2% Casación 2112-2009

39% integrando los porcentajes de Logros de Empirismos normativos de la comunidad jurídica con los planteamientos teórico, las normas y con la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

5.1.2.4. Logros de los Responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.

- **30% de Logros de los Responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Discrepancias Teóricas** en los **Responsables**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 25.0% Técnicas de reproducción Asistida
- 16.7% Principio de la voluntad procreacional
- 33.3% Maternidad subrogada
- 25.0% Vinculo biológico

5.2. CONCLUSIONES PARCIALES

5.2.1. CONCLUSIÓN PARCIAL 1

5.2.1.1. Contrastación de la sub hipótesis “a”

En el sub numeral 1.3.2. a), planteamos las subhipótesis “a”, mediante el siguiente enunciado:

- a. Se observan **Empirismos Normativos**, por parte de la comunidad jurídica debido a que en nuestra legislación de salud pues la maternidad subrogada en su práctica ocasiona problemas jurídicos que deben ser regulados adecuadamente por nuestra legislación civil sustantiva y en la ley de Salud 26842, la que debe adecuarse y actualizarse acorde al avance científico de nuestra realidad; ello por no tener en cuenta como medida de protección ante la indefensión de la madre subrogada, que tendría como factor determinante en la Jurisprudencia a la filiación.

Formula: -X1;A1;-B1;-B2,-B3

Arreglo: -X; A;-B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipótesis “a”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipótesis “a” cruza, como:

a) Logros.

- **41% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 22% para la Voluntad
- 17.6% para la Maternidad plena
- 20% para la Concepción

- 18.7% Maternidad Referencial
- 21.8% Subrogación uterina

➤ **37% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a la Norma.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a la Norma, es de:

- 15.6% los Derechos reproductivos y salud reproductiva
- 17.8% la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
- 19.9% el Código Civil;
- 20.0% La Constitución Política del Perú;
- 26.7% para la Ley General de salud N° 26842

➤ **40% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a la Legislación Comparada.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a la **Jurisprudencia Peruana** es de:

- 26.3% Casación N°563-2011-Lima
- 34.4% STC N° 1817-2009-PHC/TC
- 39.2% Casación 2112-2009

➤ **39% integrando los porcentajes de Logros de Empirismos normativos de la comunidad jurídica con los planteamientos teórico, las normas y con la jurisprudencia en relación a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.**

b. **Empirismos Normativos**

➤ **59% de Empirismos Normativos en los Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a **Planteamientos Teóricos**, es de:

- 22.0% La Voluntad
- 17.6% Maternidad plena
- 20.0% Concepción
- 18.7% Maternidad Referencial
- 21.8% Subrogación uterina

➤ **63% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a la Norma.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en los **la Comunidad Jurídica**, respecto a la Norma, es de:

- 22.6% Código Civil
- 21.3% Constitución Política del Perú
- 20.1% La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre
- 20.0% Ley General de salud N° 26842
- 16.1% Derechos reproductivos y salud reproductiva

➤ **60% de Empirismos Normativos en la Comunidad Jurídica respecto a la Legislación Comparada.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a la Legislación Comparada es de:

- 38.0% Casación N°563-2011-Lima
- 32.6% STC N° 1817-2009-PHC/TC
- 29.3% Casación 2112-2009

➤ **61% integrando los porcentajes de Empirismos normativos de la comunidad jurídica con los planteamientos teórico, las normas y la jurisprudencia en relación a**

la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contratación de la subhipótesis “a”

La subhipótesis “a” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados en promedio arrojan un **61% de Empirismos Normativos** y, simultáneamente, la subhipótesis “a”, se disprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un **39% de Logros**.

5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 1

El resultado de la contrastación de la subhipótesis “a”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 1, mediante el siguiente enunciado:

Es necesario, que la Comunidad jurídica deberían conocer las normas referente a los articulados de nuestra legislación nacional básicos o indispensables para aplicar en aquellos casos en los que la ley les faculta para aplicar la Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada, esto debido a que algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico no son muy claras o no están bien desarrolladas para que sirvan de solución ante este problema, por lo que existe un 61% de desconocimiento mientras un 39% de conocimiento.

5.2.2. CONCLUSIÓN PARCIAL 2

5.2.2.1. Contrastación de la sub hipótesis “b”

Se aprecian Discrepancia Teóricas, por parte de la Comunidad Jurídica debido a que no todas las personas estudiosas del Derecho estarán de acuerdo con esta incorporación., no formulan nuevos .Planteamientos Teóricos en torno a la práctica de la maternidad subrogada pues esta se emplea, de modo general, para casos de infertilidad, en los que la mujer receptora no pueda ovular pero

sí gestar debiendo reflexionar en sí que la maternidad subrogada implica una disociación entre maternidad genética y maternidad gestacional.

Formula: -X2;A1;-B1

Arreglo: -X; A; -B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipotesis “b”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipotesis “b” cruza, como:

Discrepancia Teórica

a) Logros

41% de Discrepancia Teóricas de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 17.1% para la Voluntad
- 23.5% para la Maternidad plena
- 20.0% para la Concepción
- 21.9% Maternidad Referencial
- 17.5% Subrogación uterina

b) Discrepancia Teóricas

- **59% de Empirismos Normativos en los Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Empirismos Normativos** en la **Comunidad Jurídica**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 22.0% La Voluntad
- 17.6% Maternidad plena
- 20.0% Concepción
- 18.7% Maternidad Referencial
- 21.8% Subrogación uterina

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contrastación de la subhipótesis “b”

La subhipótesis “b” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un 59% afirman que hay un grado de discordancia de los planteamientos teóricos y se disprueba con 41% considera que tales normas están Concordada.

5.2.2.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 2

El resultado de la contrastación de la sub hipótesis “b”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 2, mediante el siguiente enunciado:

La Comunidad Jurídica se han visto afectados por que se aprecian Discrepancias Teóricas en cuanto a la problemática existente en la aplicación de La Determinación legal sobre los casos de la maternidad subrogada y ha debido al gran avance científicos y tecnológicos, nuestra legislación debe estar acorde 59% de desconocimiento mientras un 41% de conocimiento.

5.2.3. CONCLUSIÓN PARCIAL 3

5.2.3.1. Contrastación de la subhipótesis “c”

Las discrepancias teóricas sobre las prácticas de técnicas de reproducción asistida parte de los responsables sostienen que, al hablar de la maternidad subrogada, aduce que esta se rige por el axioma de que todo lo que no está prohibido está permitido: en tal caso se está en presencia de un vacío normativo en la Ley de Salud 26842 y jurisprudencial.

Formula: -X2;A2;-B1

Arreglo: -X; A;-B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipotesis “c”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipotesis “c” cruza, como:

a) Logros

➤ **70% de Discrepancias Teóricas en los los Responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de la **Discrepancias Teóricas de los Responsables**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 25.0% Técnicas de reproducción Asistida
- 28.6% Principio de la voluntad procreacional
- 21.4% Maternidad subrogada
- 25.0% Vinculo biológico

➤ **30% de Logros de los Responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de **Discrepancias Teóricas** en los **Responsables**, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 25.0% Técnicas de reproducción Asistida
- 16.7% Principio de la voluntad procreacional
- 33.3% Maternidad subrogada
- 25.0% Vinculo biológico

Las anteriores premisas, nos dan base o fundamento para establecer que:

La sub-hipótesis “c” se aprueba parcialmente mayoritariamente, ya que hay un 70% de Discrepancias Teóricas; y, simultáneamente se desapueba parcialmente minoritariamente, porque hay un 30% de Logros.

5.2.3.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 3

El resultado de la contrastación de la sub-hipótesis “c”, nos da base para formular la Conclusión Parcial 3, mediante el siguiente enunciado:

Se aprecian Discrepancias teóricas por parte de los responsables respecto de la figura jurídica de establecer la necesidad de regulación de la maternidad subrogada, para los casos en los que la ley los faculta debido a que no se tuvo en cuenta los Planteamientos Teóricos, avances científicos y tecnológicos por lo que existe un 70% de desconocimiento mientras que un 30% de conocimiento.

5.3. CONCLUSION GENERAL

5.3.1. Contrastación de la Hipótesis Global

La Incorporación de DETERMINACION LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA en el Código Civil que son afectado por Empirismo Normativo y que están relacionados causalmente y se explican por el hecho de que existen una norma interna, en su ley de salud 26842 que rige en la realidad pero que no está actualizada o no se acoge a dicha realidad es decir se da en la realidad actual pero no está normado o porque no se tuvo en cuenta la Legislación Comparada, como experiencia exitosa. Y Discrepancias Teóricas, porque Algunos consideran que la maternidad subrogada es una práctica contraria a la ética, a la moral y a la religión, porque se considera que se rompe una fase indispensable entre el hombre y la mujer, es decir la procreación de la pareja. Otros en cambio sostienen que la ciencia debe ir de la mano con el derecho ya que es justamente el derecho el que

debe acoplarse a los avances tecnológicos y científicos, con el objeto de alcanzar el desarrollo del ser humano pudiendo tener así en cuenta la jurisprudencia: Casación N° 563-2011-Lima y Casación N° 2112-2009, con el propósito de reducir las Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas.

| CONCLUSIÓN PARCIAL | PRUEBA | DISPRUEBA | TOTAL |
|--------------------------------------|---------------|------------------|--------------|
| Conclusión Parcial 1 | 61% | 39 % | 100.00% |
| Conclusión Parcial 2 | 59% | 41% | 100.00% |
| Conclusión Parcial 3 | 70% | 30% | 100.00% |
| Promedio Global Integrado | 63% | 37% | 100.00% |

Fuente: Investigación Propia

Podemos establecer el resultado de la contrastación de la hipótesis global:

La Hipótesis Global se prueba en 63%, y se disprueba en 37%.

5.3.2. Enunciado de la Conclusión General

Tomando como premisas las conclusiones parciales podemos formular la conclusión general:

Enunciado de la Conclusión Parcial 1

Es necesario, que la Comunidad jurídica deberían conocer las normas referente a los articulados de nuestra legislación nacional básicos o indispensables para aplicar en

aquellos casos en los que la ley les faculta para aplicar la Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada, esto debido a que algunas normas de nuestro ordenamiento jurídico no son muy claras o no están bien desarrolladas para que sirvan de solución ante este problema, por lo que existe un 61% de desconocimiento mientras un 39% de conocimiento.

Enunciado de la Conclusión Parcial 2

La Comunidad Jurídica se han visto afectados por que se aprecian Discrepancias Teóricas en cuanto a la problemática existente en la aplicación de La Determinación legal sobre los casos de la maternidad subrogada y ha debido al gran avance científicos y tecnológicos, nuestra legislación debe estar acorde 59% de desconocimiento mientras un 41% de conocimiento.

Enunciado de la Conclusión Parcial 3

Se aprecian Discrepancias teóricas por parte de los responsables respecto de la figura jurídica de establecer la necesidad de regulación de la maternidad subrogada, para los casos en los que la ley los faculta debido a que no se tuvo en cuenta los Planteamientos Teóricos, avances científicos y tecnológicos por lo que existe un 70% de desconocimiento mientras que un 30% de conocimiento. El resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado.

La Determinación legal sobre los casos de la maternidad subrogada en la jurisprudencia; se ve afectada por Empirismos Normativos y Discrepancias Teóricas; que están relacionadas causalmente y se explican, por el hecho de que no se conoce o no se está aplicado bien algún Planteamiento Teórico, especialmente algún concepto básico; o, por la existencia de Empirismos Aplicativos, Normas prescritas en la ley general de salud que no han sido completamente desarrolladas y que serviría para poder subsanar los vacíos advertidos, por lo que se aprueba en 62%, y se desaprueba en 38%.

La infertilidad, definida como enfermedad por la Organización Mundial de Salud, se presenta como el gran impedimento para la materialización del ejercicio de este derecho a constituir una familia y para la realización del anhelo de ser padres y las

técnicas de reproducción humana asistida son una gran solución frente a este inconveniente. Es así que la maternidad subrogada es válida, en la medida en que coadyuva al ser humano a cumplir sus expectativas, pues le brinda la posibilidad de concebir y criar un hijo genéticamente suyo, aunque haya sido gestado por otra mujer. Es por eso, que se hace necesario que el Estado legisle y controle la maternidad subrogada para evitar que se convierta en un negocio lucrativo, además se evitarían abusos y problemas que pudieran surgir en el proceso. Porque ante los avances científicos, deben actuar los valores y principios éticos, bioéticos y morales que defiendan ante todo la dignidad y el respeto por el ser humano.

Hemos visto a lo largo del desarrollo del presente trabajo que tanto la Constitución Política del Perú tal como se ha reseñado protegen a la familia y a su conformación, resaltando la importancia de ampararla especialmente. Del mismo modo, los derechos reproductivos, relacionados íntimamente con el derecho a formar una familia que precisa también una protección especial en nuestro ordenamiento.

Ha quedado claro que el derecho a ser padres y a procrear existe y se encuentra amparado, por lo que se deben crear en nuestro país las condiciones tanto jurídicas como sanitarias para que este derecho pueda ser ejercido con total libertad. Queremos poner de relieve la importancia de que las técnicas de reproducción humana asistida estén reguladas. El dejar que esta actividad se autorregule deja muchos agujeros legales que pueden llegar a llenarse con situaciones por demás desventajosas, debido a que cuando no está prohibido ningún accionar, todo se encuentra permitido, pero en este “todo” el límite entre la correcta utilización de las técnicas para mejorar la vida de una pareja y la manipulación genética o los interés económicos desmedidos es muy difuso.

CAPITULO VI
RECOMENDACIONES

6.1 RECOMENDACIONES PARCIALES

Cada recomendación parcial, se basa o fundamenta, en una conclusión parcial: la que, a su vez, se obtuvo de contrastar una sub hipótesis.

La orientación básica de las recomendaciones es que: **los logros** se deben consolidar y de ser posible, mejorar o superar; en tal sentido que la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, debe tenerse en cuenta a los planteamientos teóricos, normas y jurisprudencia peruana , con el propósito de disminuir los empirismos normativos y discordancias teóricas .

Para redactar las recomendaciones parciales hay que considerar el resultado de la contrastación de la sub hipótesis-conclusión parcial, por lo tanto la recomendación parcial se realizará de acuerdo a cada sub hipótesis parciales y conclusiones parciales, lo que nos permitirá formular las recomendaciones parciales:

6.1.1 Recomendación Parcial 1

Habiéndose obtenido como resultado de la primera formulación hipotética parcial, junto con la conclusión parcial 1; se ha podido evidenciar que existe un **61% de empirismos normativos**, y complementariamente un **39% de logros** es decir, que es mayor la no consideración de planteamientos teóricos directamente relacionados con la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, por lo que se **RECOMIENDA:** brindar mayor información de las técnicas de reproducción humana asistida, entre ellas la maternidad subrogada.

6.1.2 Recomendación Parcial 2

Los resultados obtenidos en el capítulo 3 de la estadística y contrastándose con la realidad y con la sub hipótesis “b” nos ha permitido poder indicar que dicha hipótesis se prueba en un **59%**, es decir que **se evidencian las discrepancias teóricas** respecto a la determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana, lo que nos da pie para **RECOMENDAR:** Qué se debe dar un proyecto de ley donde se propongan la

inclusión la figura jurídica de maternidad subrogada con determinados lineamientos que regulen procedimientos, condiciones, prohibiciones para exceder válidamente a este tipo de técnica, con lo cual se reducirán los empirismos normativos, que se vienen observando; asimismo es importante brindar información básica y oportuna a la comunidad jurídica por medio conferencia y charlas acerca de los conceptos básicos sobre la ley general de salud.

6.1.3 Recomendación Parcial 3

Habiéndose obtenido como resultado de la tercera formulación hipotética parcial, junto con la conclusión parcial 3, la misma que se contrasta con la realidad, y se prueba en un **70%, de Discrepancias Teóricas**, a razón de que no se considera planteamientos teóricos tales como: Técnicas de reproducción Asistida; Principio de la voluntad procreacional; Maternidad subrogada; Vinculo biológico; por lo que se puede **RECOMENDAR:** que para reducir dichas discrepancias teóricas en los responsables deben de realizar un estudio riguroso de los planteamientos teóricos sobre la maternidad subrogada como técnica de reproducción asistida.

6.2 ENUNCIADO DE LA RECOMENDACIÓN GENERAL

La recomendación principal a la que arribamos consiste en sugerir un proyecto de ley donde se propongan lineamientos, directrices, guías necesarias que regulen de manera clara y precisar el acceso, las partes que intervienen ,así como las posibles sanciones que ante el incumplimiento de dichos lineamientos se establezcan ; de modo que se deben aplicar los principios de los derechos fundamentales a procrear , y protección a la familia con la finalidad de reducir los empirismos normativos que se vienen observando ,por tanto se debe brindar mayor información y capacitación respecto de las normas y planteamientos teóricos sobre la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, por tanto se debe concientizar a la comunidad jurídica de la importancia de esta figura y así dar solución a las personas que adolecen de problema de infertilidad.

Las posibilidades procreativas son numerosas, y la maternidad por sustitución constituye ciertamente una de éstas. Nuestra posición, respecto a la subrogación de la maternidad, se establece favorablemente en base a dos motivaciones: Que la personas involucradas tengan la libertad de elegir el instrumento procreativo y Evitar el carácter clandestino que esta práctica puede provocar.

CAPITULO VII
REFERENCIAS Y
ANEXOS

REFERENCIA

ADERA, Lucia, CIENCIAS, Marianela y LAMAS, Florencia. (2009) “Manipulación genética. Editor: EL Cid.

ARTETA ACOSTA, Cindy (2011). Surrogate Motherhood. Revista ciencias Biomédicas/ Artículo de Revisión. Universidad de Cartagena Cartagena – Colombia.

BASSO, Domingo M. (2001), Nacer y morir con dignidad. Bioética, 3ª edición, Buenos Aires, 1993, citado en: Eduardo A. Sambrizzi, La Procreación asistida y la manipulación del embrión humano, 1ª edición, Buenos Aires,

BOADA, Monteserrat; COROLEU, Bonaventura y GUERRA DIAZ, Diana (2010). “La subrogación uterina: análisis de la situación actual. Ed. Fundación Víctor Grífols Lucas

BRENA SESMA, Ingrid (2010). El derecho y la salud: temas a reflexionar. Editorial: Instituto de investigaciones Jurídicas – UNAM.

CARDENAS KRENZ, Ronald. (2014). Party autonomy and Assited Reproduction, UNIFE.

CUTULI, María A. (2010), “El derecho a la paternidad y a la maternidad en la era del imperativo tecnológico”, Buenos Aires-Argentina.

DECRETO SUPREMO. Principios Bioéticos N° 0011-2011-JUS

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique (1965). “La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación”, en JA.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2001). “Derechos de las Personas”. 3 ed. Lima

FAMÁ, María Victoria (2012) El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnica de reproducción humana asistida en el proyecto de código civil y Comercial de la Nación.

FLORES SALGADO, Lucerito L. (2007). Reflexiones Ético Jurídica sobre las Técnicas de Reproducción Asistida. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.núm. 20, Puebla – México.

HOOFT (2004) (Pedro Federico “Bioética y Derechos Humanos. Temas y casos”, Lexis Nexis, Depalma, 1ª edición, Buenos Aires).

JUNQUERA DE ESTÉFANÍ, Rafael y TORRES Díaz, Javier (2013), La reproducción médicamente asistida desde el derecho y la moral. UNED-Universidad Nacional de Educación a Distancia.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (2010). El Nuevo Derecho de Familia. Ed. Argentina.

MORÁN DE VICENZI, Claudia (2005). El concepto de filiación en la fecundación artificial, ARA editores. Lima-Perú.

PEREZ CONTRERA, María de Montserrat. (n.d.). Derecho reproductivo y Derechos de reproducción. UNAM

RIVERO HERNANDEZ, Francisco, (1988). “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”. Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco celebrado en Vitoria (28/9 al 2/10/1987), en La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, Trívium, Madrid.

RUBIO SANCHE, María (2012).”Gestación por sustitución de la mujer gestante” Salamanca.

RUIZ MARTÍNEZ, Rocío (2013). Maternidad subrogada “revisiones bibliográficas. Universidad de Cantabria.

SCALA, Jorge (2009). Bioética y derecho. Editorial: Universidad de la Sabana.

SORIANO, María A. (2005). Fertilización asistida: Problemas éticos. Universidad Nacional de La Plata.

TURNER SAELZER, Susan (2001). Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilación y procreación asistida”. Revista de Derecho – Vol. XII. Chile.

VALVERDE MORÁN, Ricardo (2001). Derecho Genético: Reflexiones jurídico planteadas por las técnicas de reproducción humana asistida. Ed. Lima.

VARSÍ ROSPLIGLIOSIS, Enrique (1997). Derecho y manipulación Genética. 2 ed. Lima.

VARSÍ ROSPLIGLIOSIS, Enrique (2013). Derecho Genético: Principios General. 5 ed. Lima.

VIDAL GARCIA, M. bioética. Estudios de la bioética racional, Madrid, 1989.

LINKOGRAFIA

<http://www.rae.es/>

http://espanol.pregnancy-info.net/transferecia_de_embriones.html

http://recursos.cnice.mec.es/latingriego/Palladium/5_aps/esplap03.htm

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

<http://www.urgente24.com/13213-en-diputados-un-proyecto-para-permitir-el-alquiler-de-vientres-en-el-pais>

<http://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/614/TESIS%201.pdf?sequence>

http://www.tc.gob.pe/portal/institucional/normatividad/Codigo_Procesal.pdf

www.gacetajuridica.com.pe

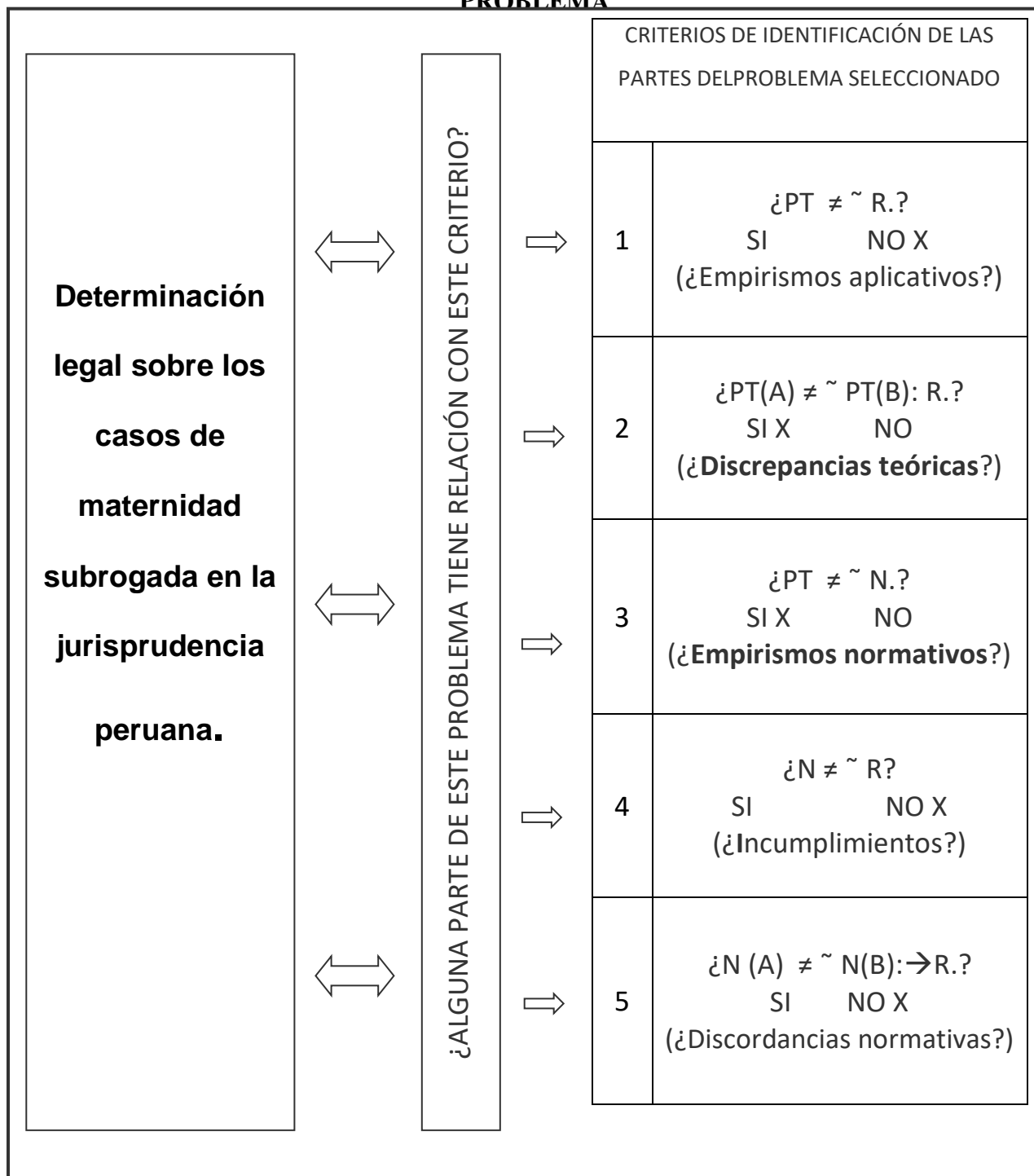
ANEXOS

Anexo N° 1: SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

| TEMAS: | CRITERIOS DE SELECCIÓN | | | | | TOTAL DE CRITERIOS CON SI | P R I O R I D A D |
|--|--|--|---|---|--|------------------------------------|---|
| | <u>Se tiene acceso o a los datos</u> a) | <u>Su solución Contribuiría a solución de otros problemas</u> s b) | <u>Es uno de los que más se repite.</u> c) | <u>Afecta la Negativa mente la imagen del Poder Judicial.</u> d) | <u>En su solución están interesados los responsables de dos o más áreas.</u> e) | | |
| Derecho civil - Derecho de Familia/ Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana | | | | | | | |
| Relacion de Distritos judiciales en el Perú y su Area de Jurisdiccion y competencia. | NO | NO | NO | SI | SI | 2 | 4 |
| ¿Puede el Estado dictar leyes para modificar directa o indirectamente los términos y condiciones de un contrato válidamente celebrado? | SI | SI | NO | NO | SI | 3 | 3 |
| La Desnaturalización de la cláusula Penal. | SI | SI | NO | SI | NO | 3 | 2 |
| Derecho a la representación sucesoria de los hijos | SI | SI | NO | NO | NO | 2 | 5 |

| | | | | | | | |
|---|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|--|
| extramatrimoniales del viudo declarado indigno. | | | | | | | |
| Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana. | SI | SI | SI | SI | SI | 5 | 1 |
| Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana | SI | SI | SI | SI | SI | SI | 1 Problema integrado que ha sido Seleccionado |

Anexo N° 2: IDENTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE PARTES DE UN PROBLEMA



SUMAR LAS RESPUESTAS **SI**, LO QUE NOS DARÁ EL NÚMERO DE PARTES DEL PROBLEMA SE HA RESPONDIDO CON SI (PONIENDO **X** A 2 CRITERIOS: 2 y 3. POR ELLO, SE CONSIDERA QUE EL NÚMERO DE PARTES DEL PROBLEMA DE TESIS ES 2.

Anexo N° 3: PRIORIZACIÓN DE LAS PARTES DE UN PROBLEMA

| Criterios de identificación con las partes del problema | CRITERIOS DE SELECCIÓN USADOS COMO CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN | | | | | Suma parcial | Prioridad de las partes del problema |
|---|--|---|----------------------------------|--|---|--------------|--------------------------------------|
| | Se tiene acceso a los datos | Su solución Contribuirá a solución de otros problemas | Es uno de los que más se repite. | Afecta la Negativamente la imagen de la Universidad. | En su solución están interesados los responsables de dos o más áreas. | | |
| 4 ¿P.T ≠ ~ R? ¿Empirismo Normativo? | 1 | 1 | 1 | 1 | 1 | 5 | 1 |
| 2 ¿PT(A) ≠ ~ PT(B): R? ¿Discrepancias teóricas? | 2 | 2 | 2 | 2 | 2 | 10 | 2 |

EMPIRISMO NORMATIVO Y DISCREPANCIAS TEORICAS EN DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

ANEXO N° 4: MATRIZ PARA PLANTEAR LAS SUB-HIPÓTESIS Y LA HIPÓTESIS GLOBAL

| <u>Problema Factor X</u> | <u>Realidad Factor A</u> | Marco Referencial Factor B | | | Fórmulas de Sub-hipótesis |
|--|---|-----------------------------------|---------------|-----------------------|--|
| | | Planeamientos Teóricos | Normas | Jurisprudencia | |
| | | - B1 | - B2 | -B3 | |
| Empirismo Normativo y Discrepancias Teóricas | Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana | X | X | X | a) -X ₁ ; A ₂ ;-B ₁ ;-B ₂ ;-B ₃ . |
| -X ₁ = Empirismo Normativo | A ₁ = Comunidad Jurídica | X | X | X | |
| -X ₂ = Discrepancias Teóricas | A ₁ = Comunidad Jurídica | X | | | b) -X ₂ ; A ₁ ; -B ₁ . |
| -X ₂ = Discrepancias Teóricas | A ₂ = Responsables | X | | | c) -X ₂ ; A ₂ ; -B ₁ . |
| | Total Cruces Sub-factores | 3 | 1 | 1 | |
| | Prioridad por Sub-factores | 1 | 2 | 3 | |

Leyenda:

(Variables del Marco Referencial)

Planeamientos teóricos

Normas

Jurisprudencia:

B1= conceptos básicos.

- B2= Constitución Política del Perú - Código Civil- Código de Familia, Ley General de Salud 26842

- B3= Casación N° 563-2011-Lima; casación N° 2112-2009; Sentencia N° 1817-2009; Sentencia N°2005-2009

Anexo N° 5: MATRIZ PARA LA SELECCIÓN DE TÉCNICAS, INSTRUMENTOS E INFORMANTES O FUENTES PARA RECOLECTAR DATOS

| Fórmulas de Sub-hipótesis | Nombre de las Variables consideradas en cada fórmula (sin repetición y sólo las de A y B) | Técnicas de Recolección con más ventajas y menos desventajas para cada variable | Instrumento de Recolección con más ventajas y menos ventajas para cada variable. | Informante o Fuente que corresponde al instrumento de cada técnica |
|--|---|---|--|---|
| b) -X ₁ ; A ₂ ;-B ₁ ;-B ₂ ; - B ₃ . | A1= Comunidad Jurídica | Encuesta | Cuestionario | Informantes: Abogados En la especialidad de familia |
| | B1= Conceptos Básicos | Análisis Documental | Fichas resumen Fichas textuales | Fuente: Libros, Revistas, textos y Páginas web |
| | B2= Normas | Análisis Documental | Fichas Textuales Fichas resumen | Fuente: Código Civil, Constitución Política del Perú, Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948 Ley de Salud 26842 |

| | | | | |
|---|---|------------------------|---------------------|---|
| | B3= Jurisprudencia | Análisis Documental | Fichas resumen | Fuente: Casación N° 563-2011-Lima; casación N° 2112- 2009; Sentencia N° 1817-2009; Sentencia N°2005- 2009 |
| c) -X ₁ ; A ₁ ; -B ₁ . | A ₁ = Comunidad Jurídica | Encuesta | Cuestionario | Informantes: Médicos |
| | B1= Conceptos Básicos | Análisis Documental | Fichas Textuales | Fuente: Libros, textos y Páginas web |
| d) -X ₁ ; A ₂ ; -B ₁ . | A2 = Responsable | Encuesta | Cuestionario | Informantes: Abogados En la especialidad de familia |
| | B1= Conceptos Básicos | Análisis Documental | Fichas Textuales | Fuente: Libros, textos y Páginas web |

Anexo 6: CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DEL PLAN DESARROLLO DEL PROYECTO DE TESIS

| ACTIVIDADES | TIEMPO (MESES) | | | | | | | | | | | | | | | |
|---|-------------------|---|-------------------|---|-----------------|---|-------------------|---|-------------------|---|---------------|---|--------------|---|---------------|---|
| | Agosto 2015 | | Setiembre 2015 | | Octubre 2015 | | Noviembre 2015 | | Diciembre 2015 | | Abril 2016 | | Mayo 2016 | | Junio 2016 | |
| | Semanas | | Semanas | | Semanas | | Semanas | | Semanas | | Semanas | | Semanas | | Semanas | |
| | 1 | 3 | 1 | 3 | 1 | 3 | 1 | 3 | 1 | 3 | 1 | 3 | 1 | 3 | 1 | 3 |
| | 2 | 4 | 2 | 4 | 2 | 4 | 2 | 4 | 2 | 4 | 2 | 4 | 2 | 4 | 2 | 4 |
| 1. Elaboración del plan de investigación | x | x | x | x | x | | | | | | | | | | | |
| 2. Elaboración y prueba de los instrumentos. | | | | | | x | | | | | | | | | | |
| 3. Recolección de los datos. | | | | | | | X | x | x | | | | | | | |
| 4. Tratamiento de los datos. | | | | | | | | x | x | x | x | | | | | |
| 5. Análisis de las informaciones. | | | | | | | | | x | x | x | x | | | | |
| 6. Contratación de hipótesis y formulación de conclusiones. | | | | | | | | | | x | x | x | x | | | |
| 7. Formulación de propuesta de solución. | | | | | | | | | | | x | x | x | x | | |

| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
|-----------------------------------|--|--|--|--|--|--|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 8. Elaboración del informe final. | | | | | | | x | X | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | |
| | | | | | | | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | |
| 9. Correcciones al informe final. | | | | | | | | X | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | |
| | | | | | | | | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | x | |
| 10. Presentación. | | | | | | | | | | | | | | | | | | | x |
| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | x |
| 11. Revisión de la tesis. | | | | | | | | | | | | | | | | | | | x |
| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | x |
| 12. Sustentación | | | | | | | | | | | | | | | | | | | x |
| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | x |



Anexo 7: CUESTIONARIO N° 01

DIRIGIDO A LOS ABOGADOS ESPECIALISTAS EN FAMILIA DEL DISTRITO JUDICIAL DE CHICLAYO.

Le agradecemos responder este breve cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar la influencia de los vacíos legales y la falta de uniformidad de criterios en la necesidad de regulación sobre la **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA**, A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. COMUNIDAD JURÍDICA

1. De los siguientes conceptos que se consideran básicos; marque con una (x) sobre la Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana

- a) la Voluntad _____ ()
- b) Maternidad plena _____ ()
- c) Concepción _____ ()
- d) Maternidad Referencial _____ ()
- e) Subrogación uterina _____ ()

1.1. De entre las siguientes razones por las que no se aplican los conceptos básicos no marcados de la pregunta anterior, marque con (x) las que Ud. considere correspondientes.

- a) Falta de Capacitación _____ ()

- b) No son Aplicadas_____ ()
- c) No es necesario_____ ()

1.2. ¿De los siguientes tipos de Técnicas de Reproducción Asistida cual conoce usted?

- a. Inseminación Artificial_____ ()
- b. Fecundación In vitro_____ ()
- c. Transferencia intratubarica de gametos_____ ()
- d. Ovodonación_____ ()

1.3. De entre las siguientes razones por las que no se aplican los conceptos básicos no marcados de la pregunta anterior, marque con (x) las que Ud. considere correspondientes.

- a. Falta de Capacitación_____ ()
- b. No son Aplicadas_____ ()
- c. No es necesario_____ ()

2. De las siguientes Normas que se consideran básicas; marque con una (x) todas las que usted conoce y aplican respecto a los casos de maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana

a) Constitución Política del Perú.- El artículo 6° de la Constitución, donde precisa que “la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover paternidad y maternidad responsable. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir, haciendo mención indirectamente al derecho a la procreación como un presupuesto para poder hablar de paternidad y maternidad responsable._____ ()

b) Código Civil.- El artículo 413 admite la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. El art. 236° del Código Civil, que se

ve directamente afectado con un reconocimiento de paternidad o maternidad no acorde con la realidad del vínculo biológico, subyaciendo._____ ()

c) **Ley General de salud N° 26842.** EL Artículo 7°: Toda persona tiene el 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 recaiga sobre la misma persona._____ ()

d) Tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art.15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, el cual constituye una facultad de las personas, que comprende dos aspectos esenciales: Derecho a fundar una familia e Igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio_____ ()

e) Cap. VII. Derechos reproductivos y salud reproductiva de la Plataforma de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que se llevó a cabo en El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, que definió la salud reproductiva como el “estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”

2.1. ¿Entre las siguientes razones por las que Ud. no marco algunas de las opciones de la pregunta anterior, marque con (x) las que Ud. considere correspondientes?

a) Falta de Capacitación_____ ()

b) No son Aplicadas_____ ()

c) No es necesario_____ ()

3. De las siguientes Jurisprudencias, considera básicos o necesarios que conozcan los Responsables marque con una (X) las que Ud. Conoce.

a) **Casación N°563-2011-Lima.-** La sentencia que en esta oportunidad se comenta, del 6 de diciembre del 2011, supone la primera resolución de la Corte Suprema en relación con el tema de los vientres de alquiler. La importancia de esta decisión, radica en el precedente que el Alto Tribunal peruano ha creado sobre el delicado tema de la maternidad subrogada. La decisión recoge el caso de un matrimonio (doña D.F.P.Q. y don G.S) que encargaron a una mujer (I.Z.C.M) la gestación de un niño, que debía ser entregado a los esposos tras su nacimiento. A cambio del niño, la pareja comitente pagó una alta suma de dinero a la gestante (\$ 18, 900 dólares americanos)._____ ()

b) **STC N° 1817-2009-PHC/TC.-** Al haberse acreditado la vulneración de los derechos a la libertad individual, a la integridad, a tener familia y no ser separado de ella, a crecer en un ambiente de afecto y de seguridad moral y a la eficacia de las resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional (TC) resolvió declarar fundada la demanda de hábeas corpus interpuesta por doña Shelah Allison Hoefken, a favor de sus dos menores hijos, retenidos irregularmente por su padre. Esta es la primera vez que el Tribunal se pronuncia en un caso de esta índole. El TC ordenó al padre de los niños, don Juan Manuel Fernando Roca Rey Ruiz Tapiador, que cumpla con entregar de manera inmediata al menor J.A.R.R.A. a su madre, bajo apercibimiento de aplicarse las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional y de ser denunciado por el delito de resistencia a la autoridad. Respecto del otro menor, este ya fue entregado a su progenitora con fecha 3 de marzo del 2008, a mérito de una medida cautelar judicial._____ ()

c) **Casación 2112-2009.-**Se trata del recurso de casación interpuesto por Antony Manuel Herrera Esquivel, mediante escrito de fojas ciento trece, contra el auto de vista emitido por la Segunda Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia del Callao,

de fojas noventa y nueve, su fecha cuatro de marzo del año dos mil nueve, que revocó la resolución apelada de fojas cincuenta y cinco que declaró infundada la excepción de caducidad propuesta por la demandada Roxana Cortez Nonajulca y saneado el proceso, con lo demás que contiene, y reformándola, declaró fundada la citada excepción e improcedente la demanda; Que, siendo así, atendiendo a la interpretación de la norma constitucional conforme a lo normado en los tratados internacionales y a lo resuelto por el Tribunal Constitucional sobre el particular, este Colegiado Supremo estima que el derecho a la identidad del niño involucra también su derecho a conservar y preservar los nombres y apellidos de aquél que voluntariamente lo reconoció, por ser un rasgo distintivo de carácter objetivo que lo individualiza y define, lo que de ninguna manera significa desconocer el derecho que asiste a quien efectuó el reconocimiento, de impugnar la paternidad, pero debe hacerlo dentro de los plazos y la forma establecida por la ley especial. _____ ()

3.1. ¿Cree conveniente según la problemática que Correspondería una propuesta de ley sobre maternidad subrogada?

a. Si _____ ()

b. No _____ ()

Agradecemos su amable colaboración

Anexo 08: CUESTIONARIO N° 02

**DIRIGIDO A LOS MEDICOS ESPECIALISTAS EN TECNICAS DE
REPRODUCCION ASISTIDA DEL DISTRITO DE CHICLAYO**

Le agradecemos responder este breve cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan identificar la influencia de los vacíos legales y la falta de uniformidad de criterios en la necesidad de regulación sobre la **DETERMINACIÓN LEGAL SOBRE LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA JURISPRUDENCIA PERANA**, A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

II. RESPONSABLES

1. De los siguientes conceptos que teóricamente se consideran básicos o que es necesario, conozcan y apliquen bien los Responsables; marque con (X), los que Ud. considera que son aplicados en la Determinación legal sobre los casos de maternidad subrogada en la Jurisprudencia Peruana.

- a) Técnicas de reproducción Asistida _____ ()
- b) Principio de la voluntad procreacional _____ ()
- c) Maternidad subrogada. _____ ()
- d) Vinculo biológico _____ ()

1.1. De entre las siguientes razones por las que no se aplican los conceptos básicos no marcados de la pregunta anterior, marque con (x) las que Ud. considere correspondientes.

- a) Falta de Capacitación _____ ()

b) No son Aplicadas_____ ()

c) No es necesario_____ ()

2. De las siguientes normas del ordenamiento jurídico nacional, que se consideran básicas, marque con una (x) todas las que usted como responsable invoca o aplica continuamente

a) **Constitución Política del Perú:** En su **artículo 2º inciso 1)** que “toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, Observamos que nuestra Carta Magna señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece, norma suprema que como tal, prima ante toda otra”.
_____ ()

b) **Código Civil : El artículo 371,** ubicado en el título sobre filiación matrimonial determina que la maternidad solo podría impugnarse en casos de parto supuesto o de suplantación de hijo, y que ninguna de estas hipótesis incluye el aporte de Material genético distinto del de la gestante, por lo que no podría impugnarse la maternidad de esta última_____ ()

c) **Ley General de salud N° 26842: El artículo 7º:** Toda persona tiene el 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 recaiga sobre la misma persona_____ ()

d) Tanto el Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, como el Art.15 del Protocolo de San Salvador, establecen el derecho a la constitución de la familia, el cual constituye una facultad de las personas, que comprende dos aspectos esenciales: Derecho a fundar una familia e Igualdad de derechos para ambos cónyuges, en caso de matrimonio_____ ()

e) Cap. VII. Derechos reproductivos y salud reproductiva de la Plataforma de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que se llevó a cabo en

El Cairo, del 5 al 13 de septiembre de 1994, que definió la salud reproductiva como el “estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos, entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”

2.1. Razones o causas por las que no aplican estas normas Nacionales.

- a) Falta de Capacitación_____ ()
- b) No son Aplicadas_____ ()
- c) No es necesario_____ ()

2.3. ¿Cree conveniente según la problemática que Correspondería una propuesta de ley sobre maternidad subrogada?

- a. Si_____ ()
- b. No_____ ()

Agradecemos su amable colaboración

Anexo 09:
PROYECTO DE LEY

**MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 7 DEL LA LEY DE SALUD PERUANA EN
LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA Y EL CODIGO CIVIL.**

1. Identidad del autor

Los autores que suscriben, Torres Cabrera Deisy y Garcia Esquives Miguel, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Señor de Sipán de Chiclayo, y de acuerdo a ejerciendo del Derecho de iniciativa legislativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú, presenta el siguiente:

2. Exposición de motivos

Constituye una tarea inherente de los Abogados, alumnos e investigadores del Derecho, solucionar casos concretos aplicando diversas fuentes, sea de carácter formal o material, siendo la principal fuente la Constitución Política del Perú de 1993 y las normas con rango de Ley así como los precedentes constitucionales vinculantes, cuya ubicación en la actualidad es muy discutida, máxime si éstas tienen como epicentro las actividades desarrolladas por el Tribunal Constitucional Peruano.

La Constitución Política, en su Artículo 107°, en su segundo párrafo, dispone que los ciudadanos tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes, concordante con la ley N° 26300 de los derechos de participación y control ciudadano, en su artículo 2 inciso d), que prescribe la iniciativa en la formación de las leyes.

Por lo tanto amparados en el precepto constitucional y demás leyes, que hace alusión al derecho que tiene toda persona de realizar una iniciativa legislativa.

El presente proyecto de ley, tiene por objeto Modificar el Artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842, respecto a la regulación de prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida.

Es en este marco es preciso llevar adelante una política de Estado con un fin terapéutico y se aplicarán en casos de esterilidad e infertilidad debidamente diagnosticadas, y cuando otras medidas terapéuticas no hubieran podido tener éxito.

En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia “lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y para la planificación de la familia de su elección”

Este proyecto de ley procura evitar la comercialización de embriones y gametos. Supone la concreción consciente, voluntaria y plenamente deseada de un acto que modifica esencialmente y para siempre la biografía de las personas”.

Las técnicas que existen actualmente y que son destinadas a obtener vida humana por medios distintos a los naturales comprenden una serie de procesos biotecnológicos. Se dice que al utilizar estas técnicas que ayudan a las parejas que no pueden engendrar por sí mismas, la procreación es médica y asistida, en contraposición a la procreación natural.

Nuestro país cuenta con un vacío legal en el tema de "técnicas de reproducción asistida" y en algunos casos ello nos obliga a dar repuesta de acuerdo con los principios generales del derecho y hacer referencia a la legislación comparada.

En la actualidad este Proyecto de Ley que unifica y moderniza los códigos Civil, contempla entre otros temas importantes, las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución.

BASE LEGAL

Constitución Política del Perú: Artículo 1, el artículo 2, inciso 1 y el Artículo 6.

Ley que MODIFICA EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE SALUD EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

I. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto con fundamento en la Constitución Política Peruana y con la normatividad vigente recomienda LA MODIFICATORIA ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE SALUD 26842 EN LOS CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente propuesta no representa costo alguno al erario nacional ni es una iniciativa de gasto; por el contrario se incorpora de manera adecuada a los avances científicos y tecnológicos.

TITULO PRIMERO

CAPITULO PRIMERO

Artículo 1°.- objetivo del proyecto de ley

La presente Ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada. Además MODIFICAR EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY DE SALUD, RESPECTO A LA REGULACIÓN DE PRÁCTICAS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

Artículo 7°.-

Actualmente el artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842, precisa que 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”

Proponemos modificar el artículo de la siguiente manera:

Artículo 7° de la Ley General de Salud:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida. La utilización de estas técnicas establecerá que el hombre y la mujer beneficiarios serán registrados como padres biológicos del sujeto nacido, quedando este vínculo regido por las normas vigentes sobre filiación biológica. La voluntad es el eje principal para determinar la filiación y la filiación adquirida por el embrión es irrenunciable.

Requisitos:

1. Ser mayores de 21 años.
2. Estar casados o en concubinato.
3. Tener solvencia económica y moral.
4. Tener dos testigos durante todo el proceso de manipulación de gametos/embriones durante los actos de donación y transferencia.
5. Cumplir con las demás Formalidades que establece la presente Ley.

Artículo 2. La presente Ley se aplicará en las instituciones de salud pública o privada que cuenten con la certificación de la autoridad competente para realizar la implantación de mórulas humanas.

Artículo 3. En lo previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Procedimientos civiles, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros y sin contravención de otras disposiciones legales vigentes.

CAPTITULO SEGUNDO

De las obligaciones de los Médicos Tratantes para la Práctica Médica de la Maternidad Subrogada

Artículo 4. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen. Queda estrictamente prohibida la práctica de crioconservación de gametos humanos que no sea con fines reproductivos, así como la conservación de gametos humanos que tenga por objeto la disposición de gametos con fines de lucro o prácticas homólogas que atenten contra la dignidad humana.

Artículo 5. El médico tratante, deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades, y requisitos legales y físicos.

Artículo 6. Ningún médico tratante realizará una implantación de mórula humana, sin que exista un instrumento para la Maternidad Subrogada firmado por las partes que intervendrán en la práctica médica, y una vez que el profesional médico tenga a la vista los documentos en que consten las identidades y estas coinciden plenamente con las que establezca el instrumento notarial. Los profesionales médicos que realicen la práctica de la Maternidad Subrogada se sujetarán a las disposiciones que establezcan esta Ley y el Código Penal vigente.

Artículo 7. El médico tratante que realice la implantación de mórula humana deberá certificar, que:

1. La madre subrogada posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.
2. El padre subrogado se encuentra plenamente convencido para optar su material genético para la implantación, y
3. La mujer gestante se encuentra en buen estado de salud.

Artículo 8. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional. A la mujer gestante se le realizará una visita domiciliar por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo. La mujer gestante manifestará que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en la implantación y que su intervención se hace de manera libre y sin fines de lucro.

Artículo 9. La mujer gestante, debido al embarazo en que se sitúa, le corresponde los derechos y la protección que establecen las leyes respecto a las mujeres que se encuentran en estado de ingravidez hasta el nacimiento. En atención médica que se le proporcione por las instituciones públicas o privadas, el médico tratante y el personal de Salud, no discriminarán su condición de mujer gestante, ni hará distinción en su atención por ese motivo.

TITULO SEGUNDO

FORMALIDADES

CAPITULO PRIMERO

De las Formalidades del Instrumentos de la Maternidad Subrogada

Artículo 10. El instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser suscrito por la madre y el padre subrogado y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. La Madre gestante deberá domiciliar en el mismo distrito de los padres subrogados, hecho que se corroborará a través de una constancia expedida por autoridad competente.
2. Poseer capacidad de goce y de ejercicio.

3. La madre subrogada acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar la gestación en su útero.
4. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación de la mórula y manifiesta su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto al menor y los padres subrogados con el nacimiento, y
5. La mujer gestante cumpla los requisitos que establece el artículo 9 y 10 de la presente Ley. Para efectos de los incisos 3 y 4 del presente artículo, el médico tratante deberá extender los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes.

Artículo 11. El instrumento para la Maternidad Subrogada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

1. Deberá suscribirse por todas las partes intervinientes, contemplando su nombre y su firma.
2. Suscribirse ante Notario Público, presentando para tal efecto los documentos descritos en los artículos 10 y 11; y
3. Contener la manifestación de las partes de que el instrumento se suscribe sin ningún objeto de lucro, respetando la dignidad humana y el interés superior del niño. Previa firma del instrumento, el Notario deberá consultar el Registro a que se refiere el artículo 27 de esta Ley.

Artículo 12. El instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y el Registro Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus padres progenitores.

Artículo 13. La voluntad que manifiesten las partes para la realización del instrumento de la Maternidad Subrogada debe ser indubitable y expresa. A excepción en que alguna de las

partes posea una discapacidad que le impida plenamente manifestar su voluntad, debiendo asentar dicha imposibilidad en el instrumento de Maternidad Subrogada.

Artículo 14. El instrumento de Maternidad Subrogada los firmará la madre y padre subrogados, la mujer gestante, el intérprete si fuera necesario, el Notario y asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

CAPITULO SEGUNDO

Del Certificado de Nacimiento del Menor Nacido Mediante la Maternidad Subrogada

Artículo 15. El certificado de nacimiento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada Maternidad Subrogada.

CAPITULO TERCERO

Del Registro y Control de Nacimiento de los Menores Nacidos Mediante la Maternidad Subrogada

Artículo 16. La Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esta práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento para la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se llevó a cabo dicho procedimiento.

TITULO TERCERO

DE LA NULIDAD Y LAS SANCIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

CAPÍTULO PRIMERO

De la Nulidad de la Maternidad Subrogada

Artículo 16. Es nulo todo instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

1. Exista vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.
2. No cumplan con los requisitos y formalidades que establece la Ley
3. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del menor y la dignidad humana.

Artículo 17. La nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

Artículo 18. La mujer gestante puede demandar civilmente a los padres subrogados, el pago de gastos médicos, en casos de patologías que deriven de una adecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

CAPITULO SEGUNDO

De las sanciones en Relación con la Maternidad Subrogada

Artículo 19. Se harán acreedores a las responsabilidades Civiles y Penales aquellos médicos tratantes que realicen la implantación de mórulas humanas sin el consentimiento y plena aceptación de las partes intervinientes.

Artículo 20. La mujer gestante que desee obtener un lucro derivado de la maternidad subrogada practicada en su cuerpo, o pretenda obtenerlo en virtud de la divulgación pública con el objeto de causar algún dao a la imagen de los padres subrogados.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

PRIMERO: A partir de la entrada en vigor de la presente Ley se deberá realizar las adecuaciones correspondientes para incorporar la Maternidad Subrogada y llevar a cabo el registro correspondiente, que establece la Ley.

SEGUNDO: el jefe de Gobierno deberá suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efectos de garantizar el cumplimiento de las disposiciones del esta Ley.

TERCERO: Deróguese toda norma que se oponga al presente Proyecto de Ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

CUARTO: Modifíquese los siguientes artículos del Código Civil:

361: Presunción de paternidad

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

361: Presunción de paternidad

El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

Los hijos nacidos a consecuencia de la fecundación asistida de la mujer, practicada con el consentimiento expreso del marido formalizado en escritura pública, se consideran hijos matrimoniales del marido.

En la fecundación asistida practicada después de la muerte del marido con gametos de éste, el nacido se tiene por hijo suyo, siempre que concurren en la misma las siguientes condiciones:

- a. Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después de su muerte;
- b. Que se limite a un único caso, comprendido el parto múltiple y,
- c. Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo máximo de doscientos setenta días después de la muerte del marido. Dicho plazo puede ser prorrogado por la autoridad judicial, por causa justa y por un tiempo máximo de noventa días".

363.-Negación de Paternidad

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
- 2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.
- 3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período,
- 4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.
- 5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimará las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igualo mayor grado de certeza.

363.- Negación de Paternidad

El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

- 1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio.
- 2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos anteriores al del nacimiento del hijo.

3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período,

4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta.

5.- Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igualo mayor grado de certeza que no existe vínculo parental. El juez desestimarás las presunciones de los incisos precedentes cuando se hubiera realizado una prueba genética u otra de validez científica con igualo mayor grado de certeza.

Están exceptuados de esta acción aquel que haya efectuado el consentimiento expreso de la práctica de fecundación asistida.

Artículo 367.- Titularidad de la acción de negación

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquello hubiese iniciado.

Artículo 367.- Titularidad de la acción de negación

La acción para contestar la paternidad corresponde al marido. Sin embargo, sus herederos y sus ascendientes pueden iniciarla si él hubiese muerto antes de vencerse el plazo señalado en el artículo 364, y, en todo caso, continuar el juicio si aquello hubiese iniciado.

No resulte admisible la intervención de terceros en esta decisión cuando aquel se haya sometido tácitamente a la práctica de fecundación asistida.

Artículo 368.- Acción negatoria por los ascendientes del marido incapaz

La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, Y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

Artículo 368.- Acción negatoria por los ascendientes del marido incapaz

La acción puede ser ejercida por los ascendientes del marido, en los casos de los artículos 43, incisos 2 y 3, Y 44, incisos 2 y 3. Si ellos no lo intentan, puede hacerlo el marido dentro de los noventa días de cesada su incapacidad.

No resulte admisible la intervención de terceros en esta decisión cuando aquel se haya sometido tácitamente a la práctica de fecundación asistida por ser un derecho potestativo constituido en exclusivo interés del marido.

Artículo 371.- Impugnación de la maternidad

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.

Artículo 371- Impugnación de la maternidad

La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.

La fecundación extracorporal también podría dar lugar a esta acción. Ante dicha situación, resultaría posible que la madre biológica (la mujer a quien pertenece el óvulo fecundado) impugne la maternidad, planteando una demanda contra la mujer que dio a luz.

Artículo 386.-Hijos Extramatrimoniales

Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.

Artículo 386.-Hijos Extramatrimoniales

Son hijos extramatrimoniales los concebidos de manera natural o como consecuencia de las modernas técnicas de reproducción asistida y nacidos fuera del matrimonio.

Artículo 388.-Reconcimiento del hijo Extramatrimonial

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

Artículo 388.-Reconcimiento del hijo Extramatrimonial

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

En los casos de Técnicas de Reproducción Asistida será reconocido en conjunto por ambos padres.

Artículo 392.-carácter personal y voluntario del reconocimiento

Cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido.

Artículo 392.-carácter personal y voluntario del reconocimiento

Cuando el padre o la madre hicieran el reconocimiento separadamente, no puede revelar el nombre de la persona con quien hubiera tenido el hijo. Toda indicación al respecto se tiene por no puesta.

Este artículo no rige respecto del padre que reconoce al hijo simplemente concebido, ni para los casos en Técnicas de Reproducción Asistida.

En Chiclayo, a los 24 días del mes de Mayo de dos mil dieciséis.