



FACULTAD DE DERECHO

**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE
DERECHO**

TESIS

**DISCREPANCIAS TEÓRICAS Y EMPIRISMOS
NORMATIVOS EN FUNCIÓN A LA MATERNIDAD
SUBROGADA EN LA REGIÓN LAMBAYEQUE
PERIODO 2015**

Autor (es)

**Bach. PINTADO BRAVO Luisa Susana
Bach. TAMAY CARRANZA Ruth Graciela**

Asesor:

Dr. RODAS QUINTANA Carlos André

Línea de investigación:

DERECHO PRIVADO

Pimentel – Perú

2018

**DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A
LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015**

A desarrollarse como tesis para optar el Título Profesional de Abogado

Grado académico. Apellidos y
nombres

Asesor Metodólogo

Grado académico. Apellidos y
nombres

Asesor Especialista

Grado académico. Apellidos y
nombres

Presidente del Jurado de Tesis

Grado académico. Apellidos y
nombres

Secretario del Jurado de Tesis

Grado académico. Apellidos y
nombres

Vocal del Jurado de Tesis

DEDICATORIA

A mis padres quienes son forjadores de mi realización, me guían y acompañan en la lucha por concluir mis estudios y superarme cada día, ofreciéndome su apoyo incondicional para ser la persona que ahora soy y el profesional que mañana tendrá la sociedad.

AGRADECIMIENTO

“Agradezco a Dios, a mis padres y hermanos por la ayuda que siempre me han dado en los momentos buenos y malos de mi vida, dándome su apoyo incondicional y fortaleciéndome día a día.”

“A los Docentes de la Universidad Señor de Sipán quienes impartieron en las aulas mi realización personal y profesional y que hoy se refleja en mi centro laboral”.

ÍNDICE

Resumen _____	9
Abstrac _____	10
Introducción _____	11
CAPITULO I _____	13
MARCO METODOLOGICO _____	13
1. EL PROBLEMA _____	14
1.1. SELECCIÓN DEL PROBLEMA _____	15
1.2. ANTECEDENTES _____	16
1.2.1. Antecedentes del Problema _____	16
EN EL MUNDO _____	16
EN EL PAIS _____	19
1.3. FORMULACION INTERROGATIVA DEL PROBLEMA _____	22
1.4. JUSTIFICACION _____	23
1.5. LIMITACIONES Y RESTRICCIONES DE LA INVESTIGACIÓN _____	24
2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN _____	24
2.1. Objetivo general _____	24
2.2. Objetivos específicos _____	24
3.1. Hipótesis global _____	25
3.2. Sub-hipótesis _____	25
4. VARIABLES _____	27
4.1. Identificación de las Variables _____	27
4.2. Definición de Variables _____	27
4.3. Clasificación de las variables _____	30
5. TIPOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS _____	30
5.1. Tipo de Investigación _____	30
5.2. Tipo de Análisis _____	31
6. DISEÑO DE LA EJECUCIÓN DEL PLAN COMO DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN _____	31
6.1.1. El Universo de la investigación _____	31
6.1.2. Selección de las Técnicas, Instrumentos e informantes o Fuentes _____	31
6.1.3. Población de informantes y Muestra _____	32

6.1.4. Forma de Tratamiento de los Datos	32
6.1.5. Forma de Análisis de las Informaciones	33
CAPITULO II	35
MARCO TEORICO	35
2.1. MARCO TÉORICO	36
2.1.1. CONCEPTOS BÁSICOS	36
2.1.2. OTROS PLANTEAMIENTOS	36
2.1.3. DERECHOS INVOLUCRADOS	60
2.1.3.1. DERECHO A LA LIBERTAD	60
2.1.3.2. DERECHO A LA INTEGRIDAD	61
2.1.3.3. ¿EL CONTRATO ES VÁLIDO?	63
2.1.3.4. SI EL VÁLIDO, ¿CÓMO SERÍA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO?	64
2.1.3.5. REQUISITOS PARA EL CONTRATO	64
2.1.4. LA REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ	66
2.1.5. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD	66
2.1.6. LEGISLACIÓN COMPARADA	68
ESTADOS UNIDOS.	68
REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA.	69
FRANCIA	69
SUECIA	70
AUSTRALIA	70
ALEMANIA	70
ESPAÑA.	71
BRASIL.	71
CAPITULO III	73
DESCRIPCION DE LA REALIDAD	73
3.1. RESPECTO A LAS “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”.	74
3.1.1. Resultados de los operadores del derecho respecto a los planteamientos teóricos con referencia a las “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”	74

3.1.2. Resultados de los operadores del derecho respecto a las Normas con referencia DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”	77
3.1.3. Resultados de los operadores del derecho respecto a la legislación comparada con referencia a las “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”	81
3.2. SITUACION ACTUAL DE LA COMUNIDAD JURIDICA RESPECTO A LAS “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”.	82
3.2.1. Resultados de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos con referencia a las “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”	82
3.2.2. Resultados de la comunidad jurídica respecto a las Normas con referencia A LAS “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”.	85
3.2.3. Resultados de la comunidad jurídica respecto a la Legislación comparada Normas con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.	90
CAPITULO IV	92
ANALISIS DE LA REALIDAD	92
CAPITULO V	106
CONCLUSIONES	106
5.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS.	107
5.1.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a las partes o variables del problema.	107
5.1.1.1. Logros	115
5.1.1.2. Enunciado de la conclusión parcial 1	123
5.2. CONCLUSIÓN GENERAL	131
5.2.1. Contrastación de la Hipótesis Global.	131
5.2.2. Enunciado de la conclusión general.	132
CAPITULO VI	134
RECOMENDACIONES	134
CAPITULO VII	143

BIBLIOGRAFIA Y ANEXOS _____	143
1.1. ANEXOS _____	144
1.1.1. ANEXOS DEL PROYECTO _____	144
ANEXO N° 01 _____	144
ANEXO N° 02 _____	145
ANEXO N° 03 _____	146
ANEXO N° 04: Matriz para Plantear las Sub-hipótesis y la Hipótesis Global _____	147
ANEXO N° 05 _____	148
ANEXO N° 06 _____	149
1.1.2. ANEXOS DE LA TESIS _____	150
1.2. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS. _____	155

RESUMEN

En el caso específico de la maternidad, la ciencia ha permitido que se dé realidad aquello que se denomina maternidad subrogada y que no es más que el acuerdo para que sea una mujer quien geste a un niño que no necesariamente sea genéticamente idéntico a ella. Esta técnica se presenta en varias modalidades y frente a su aplicación y los múltiples casos en los que ya se ha puesto en práctica se han evidenciado lagunas en los diversos ordenamientos jurídicos. Asimismo, prestigiosos juristas se han manifestado al respecto planteando su aceptación o rechazo a esta técnica.

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 para 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.

Abstrac

In the specific case of maternity, science has allowed reality of what is called surrogacy and that is no more than the agreement to be a woman who gestic a child who is not necessarily genetically identical to it. This technique comes in several forms and against its application and multiple cases already been implemented have shown gaps in the various legal systems. Also, prestigious jurists have spoken about raising their acceptance or rejection of this technique.

Another issue has become controversial, the so-called contract of surrogacy, according to many lawyers and this supported by various international rulings state that would void such agreement since you cannot contract with human body parts as this indisponible nor the status of family, becoming illegal to contravene public order and morality, on the other hand beyond that is null or not, there is another more important factor and that is to determine the parentage of that child born by this type of assisted fertilization.

INTRODUCCIÓN

Nuestro tema de investigación conlleva a hacer un análisis sobre la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, teniendo en cuenta que su regulación aún carece de preceptos que generen un adecuado manejo de la norma jurídica sin embargo se vislumbra que, si bien es cierto el avance tecnológico trae consecuencias positivas, en este caso se puede apreciar que complica y distorsiona los parámetros de paternidad y maternidad predicables desde el Derecho Occidental Romano y hasta hace poco tiempo. Razón por la cual, es necesario un tratamiento idóneo y congruente que comprenda una elaboración nueva para algunos casos, es decir, la creación de nuevas categorías con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado; o en otros casos, busque adecuarla a los viejos esquemas conceptuales y legales. Si bien es cierto, ello implica un campo de acción demasiado extenso como por ejemplo lograr determinar quiénes son el padre y/o la madre del ser nacido por fecundación artificial, y en su caso, qué tipo de relación jurídica puede existir entre el nacido por dicho procedimiento y la persona que sólo el gameto masculino o femenino necesario; no obstante, el presente estudio se encuentra enfocado a la regulación de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento como consecuencia del mencionado desarrollo de la ciencia genética.

Cabe mencionar que el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con un tratamiento idóneo al respecto, ya que en el artículo 7º de la Ley N° 26842, Ley General de Salud del Perú, se limita a señalar: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre

gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra de regulado e incluso, prohíbe la maternidad subrogada.

Por otro lado hemos estructurado esta tesis en seis capítulos:

1. Análisis objeto de estudio.
2. Desarrollo del Marco Teórico
3. Análisis y discusión de los Resultados
4. Conclusiones. Recomendaciones
5. Bibliografía y Anexos.

Este trabajo tiene la intención de contribuir al perfeccionamiento de la inclusión de la maternidad subrogada dentro de la doctrina y legislación nacional.

CAPITULO I

MARCO METODOLOGICO

1. EL PROBLEMA

Antes del empleo de las técnicas de reproducción humana asistida era indispensable la existencia de relaciones sexuales para que se produzca la procreación. Sin embargo, ahora, la realidad es distinta ya que, es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna. Aunque el empleo de dichas técnicas ha contribuido a superar una situación patológica de esterilidad e infertilidad de miles de parejas, lo cual es evidentemente positivo; su empleo a su vez ha traído consigo innumerables interrogantes como por ejemplo: “¿qué relación jurídica es ésa en la que además de la inexistencia de relación sexual básica o causal, el hijo no lo es genéticamente del varón y/o de la mujer que ha querido que nazca, y en algún caso no lo ha alumbrado siquiera esa mujer?”. (LA CRUZ, 2005: 366).

De esta manera se vislumbra que, si bien es cierto el avance tecnológico trae consecuencias positivas, en este caso se puede apreciar que complica y distorsiona los parámetros de paternidad y maternidad predicables desde el Derecho Occidental Romano y hasta hace poco tiempo. Razón por la cual, es necesario un tratamiento idóneo y congruente que comprenda una elaboración nueva para algunos casos, es decir, la creación de nuevas categorías con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado; o en otros casos, busque adecuarla a los viejos esquemas conceptuales y legales. Si bien es cierto, ello implica un campo de acción demasiado extenso como por ejemplo lograr determinar quiénes son el padre y/o la madre del ser nacido por fecundación artificial, y en su caso, qué tipo de relación jurídico puede existir entre el nacido por dicho procedimiento y la persona que sólo el gameto masculino o femenino necesario (CARCABA, 1995: 87) ; no obstante, el presente estudio se encuentra enfocado a la regulación de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento como consecuencia del mencionado desarrollo de la ciencia genética.

Cabe mencionar que el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con un tratamiento idóneo al respecto, ya que en el artículo 7º de la Ley N° 26842, Ley General de Salud del Perú, se limita a señalar: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra de regulado e incluso, prohíbe la maternidad subrogada.

Por lo tanto, en la presente investigación busca innovar instituciones jurídicas y reformar la normatividad en el campo del Derecho de Familia; todo ello, con la finalidad de resolver con justicia la problemática que vienen ocasionando en el derecho de filiación las nuevas técnicas de reproducción humana asistida , expresada mediante la maternidad subrogada, que viene generando en el Perú y en otros países, implicancias jurídicas que violan los derechos humanos y en especial de los niños que nacen mediante dicha técnica .

1.1. SELECCIÓN DEL PROBLEMA

Este problema fue seleccionado teniendo en cuenta los siguientes criterios:

- a) Los investigadores tienen acceso a los datos del problema.
- b) Este problema tiene partes aun no solucionadas
- c) Su solución contribuye y facilita a la solución de otros problemas.
- d) En su solución están interesados otra parte de la realidad.
- e) Se advierte impacto social negativo en la salud, economía. **(Ver anexo 1 y 3).**

1.2. ANTECEDENTES

1.2.1. Antecedentes del Problema

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

EN EL MUNDO

ESTADOS UNIDOS: El primer acuerdo de maternidad subrogada en donde se involucró la inseminación artificial fue documentado en 1976, a través de Noel Keane, un abogado que en Dearborn, Michigan, Estados Unidos, creó la Surrogate Family Service Inc, con el fin de ayudar a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y realizando los arreglos necesarios para la subrogación.

En el año de 1986 en Estados Unidos surgió un controvertido caso, que volcó toda la atención pública, conocido como “BABY M”, que fue el centro de múltiples debates. El problema se presentó básicamente cuando una mujer gestante, en un acuerdo sobre maternidad sustituta con contrato previo firmado por ambas partes, después de nacida la hija, se arrepintió de darla al matrimonio contratante y decidió conservarla. La madre sustituta había sido inseminada con espermatozoides del varón de la pareja contratante y este conflicto de intereses terminó en la justicia quien después de un largo proceso con varias apelaciones, decidió darle la tenencia al varón y derechos de visita a la madre sustituta. Este caso paradigmático plantea las dificultades éticas y las complicaciones en la determinación de los derechos y responsabilidades parentales. (MEINKE, 2001: 1-17)

Es creciente la posibilidad de elección de la subrogación por parte de los varones homosexuales como forma de acceder a la paternidad, ya sea

que estén en pareja o solteros; contactan con una mujer gestante y pueden utilizar el óvulo de ella o de una tercera persona y espermatozoides de uno de ellos si son pareja, de ambos combinados o conseguirlo mediante un banco de semen si tuviesen algún problema grave de fertilidad. Esta modalidad suele recibir objeciones que se suman a las propias de la subrogación y son las relacionadas con la orientación sexual de los padres y fundamentalmente con la privación de la posibilidad de que exista una madre para ese hijo, más allá de que la gestante lo sea de manera circunstancial.

Argentina:

La gestación por sustitución –común (y tal vez despectivamente) llamada “alquiler de vientre”- estaba prevista en el proyecto de lo que hoy es el nuevo Código Civil y Comercial, como una de las nuevas fuentes de filiación. Fue un tópico muy debatido, y de ese debate participaron –con voces a favor y en contra- tanto doctrinarios jurídicos como representantes de la Iglesia y grupos feministas, entre otros.

Finalmente, con la excusa de que los dilemas éticos y jurídicos que conlleva la gestación por sustitución son de una envergadura tal que ameritaría un debate de carácter interdisciplinario más profundo, se decidió excluir del Código esta figura, que existe –con distintas formas y alcances- en un número creciente de países del mundo.

El resultado fue la eliminación en el nuevo Código –que admite como fuentes de filiación otras técnicas de reproducción humana asistida- de cualquier referencia al tema. No prevé la maternidad por subrogación, pero tampoco la prohíbe expresamente, lo cual no evita que el fenómeno suceda, sino que por el contrario lo deja fuera de la posibilidad de contralor uniforme que el proyecto preveía.

En efecto, el proyecto de Código establecía requisitos para la validez de cualquier acuerdo de gestación por sustitución, que tendían a preservar el interés superior del niño por nacer y la dignidad de la mujer que ofrecía su útero para gestar un hijo de otros. Exigía que al menos uno de los padres voluntarios hubiera aportado sus gametos y ponía como condición que la gestante no recibiera retribución alguna.

Estos extremos, como los que no he detallado en aras de la brevedad, quedan ahora librados a la apreciación de cada juez que deba resolver un caso en particular.

Es tiempos en que la ciencia avanza a pasos agigantados, las leyes deben acompañar sus descubrimientos, porque el silencio no puede tapar la realidad. Tres días antes de que entre en vigencia el Código, hubo un juez de Familia de Mendoza que decidió que un niño nacido del vientre de una mujer que no se reconocía como su madre y que hacía siete meses se negaba a inscribirlo como propio, fuera inscripto como hijo del matrimonio que tenía la voluntad y la intención de ser sus padres. Tapó así el vacío que dejó la ley, que no estuvo a la altura de los comportamientos sociales.

Esto demuestra que el derecho es mucho más que la ley, aunque ésta sea el Código Civil y Comercial. El Derecho está integrado también por las sentencias de los jueces, las costumbres de la sociedad y la legislación extranjera e internacional.

El juez mendocino, en una sentencia que crea derecho, sostuvo que el asunto llevado a su decisión “no contraría normas de la moral de este tiempo”, y prefirió resolver la cuestión privilegiando el interés superior del niño, que convive desde que nació en una relación filial con las personas cuyo deseo hizo posible que naciera, y que de otra manera hubiera quedado sin registración legal o, lo que es peor, registrado como hijo de una señora que –aunque lo gestó- no tenía voluntad de ser su madre.

La omisión de tratamiento del tema en el Código Civil y Comercial no puede privar a los niños que nazcan como resultado de estas prácticas de una filiación, un nombre y una nacionalidad, ni puede condenarlos a vivir en una relación filial con quien tuvo intención de colaborar en su gestación pero no de asumir las responsabilidades de madre.

Esta solución no contraría ninguna norma expresa de nuestra legislación, es acorde a los parámetros de la Convención de los Derechos del Niño, se identifica con su interés superior y es congruente con lo previsto por la ley argentina para otras técnicas de reproducción asistida.

EN EL PAIS

El tema sobre el derecho de la mujer infértil al acceso a la TERA de maternidad subrogada en el Perú es muy importante y controversial por las distintas posiciones que se toman respecto de ella. La técnica de maternidad subrogada, mal llamada como “alquiler de vientres” por algunos especialistas, no ha sido materia de un análisis desde los derechos fundamentales, sino que la mayoría de investigaciones exploraba este tema en el ámbito del negocio jurídico, en específico, del contrato. Por lo tanto, se descartó sobre la posibilidad de que esta técnica pueda ser permitida y pueda verse reflejada en la ley general de salud. No obstante, después de haber analizado la legislación extranjera, como una forma de aprehender el tema, encontramos que este método de reproducción extrauterina ha sido prohibido de la misma manera que en nuestro país. La razón principal es que el contrato que celebran la madre genética y la madre portante es inválido por el hecho de no tener un objeto jurídicamente posible y, en efecto, no se llegaría a cumplir con los requisitos de un negocio jurídico. Empero, nadie se pregunta por la situación jurídica en la que se encuentran las mujeres infértiles. Por esta razón, nos preguntamos si es que acaso ellas no tienen derecho a planificar y concretar su proyecto de vida. He ahí la relevancia de este tema, porque no es posible que el Estado no las integre a una política reproductiva, es decir, a una política de salud. Ello origina la necesidad en

la mujer infértil de recurrir a este método aunque se encuentre prohibido. En consecuencia, origina que estos contratos se celebren en un entorno de clandestinidad, en donde, por ejemplo, si la persona que va a gestar se niega a entregar al niño, la otra parte no podrá demandar y pretender que se cumpla con la obligación. A todo ello, el Estado no ha tenido un pronunciamiento al respecto. Por consiguiente, es un tema trascendental desde el punto de vista de los derechos fundamentales de la mujer infértil.

Por otra parte, para poder realizar la pregunta de investigación, nos cuestionamos acerca de los derechos reproductivos que no se han manifestado de manera expresa dentro de la normativa constitucional. Claro que está relacionado con otros derechos como, por ejemplo, en principio, la dignidad de la persona humana, el derecho a la salud, a la libertad, etc. Ello implica, que los derechos reproductivos se sitúan en el artículo 3 de la Constitución, en donde señala que la enumeración de los derechos establecidos en el artículo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre (*numerus apertus*). Entonces, en el Perú sí se admiten los derechos reproductivos.

Ahora, sucede que la mujer infértil solo tiene una forma de tener descendencia, porque la técnica de inseminación artificial no funciona, debido a que no puede llegar a término un embarazo. De igual manera, a la fertilización *in vitro* le corresponde la misma razón. Por lo tanto, el único medio eficiente es recurrir a otra persona para que esta pueda llegar a tener hijos.

Ergo, el problema que he planteado es el siguiente: ¿La utilización de la TERA de maternidad subrogada constituye un derecho reproductivo de la mujer infértil?

Al respecto, cabe resaltar que, existen una gama de derechos como, por ejemplo, a decidir sobre el momento oportuno para tener hijos, disponer

de la información y los medios para hacerlo, acceder a un nivel de salud reproductiva y sexual más alta, etc.

Entonces, como podemos analizar nos encontramos frente a un contexto en el que la mujer infértil ha sido separada de una protección que pueda velar, justamente, por sus derechos reproductivos. De esta manera, la discusión se centra en si es que la técnica de maternidad subrogada puede ser un derecho que esté dentro del marco de los derechos productivos para que la mujer infértil pueda cumplir con el proyecto de vida que tenía previsto.

EN LA REGIÓN

No se encontraron antecedentes de la investigación en la región.

1.2.2. Estudios o Investigaciones Anteriores

1. El libro titulado “Maternidad subrogada”, publicado en México en agosto del año 2008 y cuya autora es la jurista Alma Arámbula Reyes. En la referida investigación se abarca el amplio análisis acerca de la maternidad en líneas generales junto al principio *mater semper certa est*; con la finalidad de lograr profundizar, posteriormente, con la maternidad subrogada. Como es lógico, para lograr entender tal realidad jurídica hace mención a las problemáticas jurídica de las técnicas reproducción humana asistida. (ARAMBULA, 2008).
2. El artículo titulado “Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú”, publicado en la revista *In crescendo* en el año 2011 y cuyo autor es el jurista Diógenes Jiménez Domínguez. En dicho estudio se abarca la inapropiada regulación acerca del vientre en alquiler en nuestro ordenamiento jurídico. Razón por la cual, se analiza la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia internacional

sobre el referido tema en relación con la maternidad subrogada. (JIMENEZ, 2010)

3. El artículo titulado “La maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Problemas en la determinación de la filiación: alternativas y propuestas” publicado en la revista Ubi Societas Ibis lus en mayo del año 2009 y cuya autora es la jurista Ana Lizbeth Araujo Rodríguez. En este trabajo se abarca término genérico acerca de la maternidad en el marco tradicional de la filiación, con la finalidad de lograr determinar en qué consiste la maternidad subrogada, cuáles son sus clases. (ARAUJO, 2009)

1.3. FORMULACION INTERROGATIVA DEL PROBLEMA

El problema se ha formulado interrogativamente mediante las siguientes preguntas:

Primera parte del Problema

- a) ¿Cuáles son las discrepancias teóricas existentes para poder identificar los problemas existentes en función a la maternidad subrogada?
- b) ¿Se aplican bien las discrepancias teóricas existentes sobre la maternidad subrogada?
- c) ¿Existen discrepancias teóricas con respecto a la maternidad subrogada?
- d) Si existen discrepancias teóricas ¿Cuáles son?
- e) ¿Por qué se dan estas discrepancias teóricas?

Segunda Parte del Problema:

- a) ¿Cuáles son los empirismos normativos en función a las normas y la jurisprudencia relacionada a la maternidad subrogada?
- b) ¿Cuál es la realidad problemática respecto a los empirismos normativos relacionada a la maternidad subrogada?
- c) ¿En qué medida se originan estos empirismos normativos relacionados a la maternidad subrogada?
- d) ¿Por qué el Estado peruano no cumple con su rol de garante y busca una solución adecuada para poder dar fin a los problemas relacionados a la maternidad subrogada?

1.4. JUSTIFICACION

El presente estudio permite la necesidad de conocer los fundamentos teóricos – doctrinarios adecuados para regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano; de esta manera, se busca calar en las autoridades del Estado para atender el problema de las personas que por motivos de esterilidad e infertilidad se ven obligadas a recurrir a la maternidad subrogada, para tener sus propios hijos. Asimismo, como bien lo señala el jurista Diógenes Jiménez y, como se pretende en la presente investigación, se pretende reformar el Código Civil de 1984, ya que el dicho cuerpo normativo se encuentra desactualizado en el tema materia de análisis; por lo tanto, resulta necesario incorporar nuevas teorías de parentesco genético para regular la maternidad subrogada. (JIMENEZ, 2010)

1.5. LIMITACIONES Y RESTRICCIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Limitaciones:

- a) **De tiempo:** la presente investigación solo comprende 4 meses.
- b) **De alcance:** La investigación se limita a DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015
- c) **El presupuesto:** Se limita al alcance de la disposición económica de los investigadores.

Restricciones:

- a) **Dedicación:** los investigadores solo pueden dedicar cinco horas diarias.
- b) **Horarios:** los investigadores por tener que cumplir horarios de trabajo, solo tienen acceso en horas de la noche

2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Objetivo general

Proponer la regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano dentro del Código Civil.

2.2. Objetivos específicos

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

- a. Analizar la normatividad y doctrina acerca de la filiación aplicable en el ámbito de la maternidad subrogada.
- b. Señalar la escasa normatividad peruana junto a la normatividad, doctrina y jurisprudencia acerca de las técnicas reproducción humana asistida aplicable en el ámbito de la maternidad subrogada.
- c. Identificar la naturaleza jurídica de la maternidad subrogada, tomando como base normatividad, doctrina y jurisprudencia comparada.
- d. Demostrar si la regulación de la maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico constituye un verdadero eficaz para la tutela adecuada en materia de filiación.

3. HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis global

Como ha venido siendo mencionado, nuestro ordenamiento jurídico necesita una regulación específica acerca de la maternidad subrogada para que se logre defender los intereses no sólo de estas madres sino, sobre todo, de los niños y sus derechos, que muchas veces se han visto vulnerados. Razón por la cual, con la propuesta modificatoria a nuestro actual Código Civil se busca sopesar esta realidad. Dicha propuesta contará con un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial para lograr determinar el mejor escenario jurídico para la defensa de estos derechos, que a la fecha no se encuentran reconocidos.

3.2. Sub-hipótesis

Se evidencian discrepancias teóricas por parte de los operadores del derecho, en relación a los planteamientos teóricos existentes, los

cuales viene siendo desarrollados y presentados de distintas maneras en función a la maternidad subrogada.

Fórmula : -X1; A1; -B1

Arreglo 1 : -X, A,-B

Se evidencian discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, en relación a la normativa vigente, jurisprudencia que estipula precedentes distintos a la realidad, no existiendo una normatividad acorde a la necesidad del que lo requiere.

Fórmula : -X1; A1; -B1; B3

Arreglo 2 : -X, A,-B

Se evidencian empirismos normativos, por parte de los operadores del derecho teniendo en cuenta que existe vulneración de los planteamientos teóricos ya planteados por los juristas, por otro lado la norma jurídica está siendo objeto de abuso.

Fórmula : -X2; A1; -B1; B2

Arreglo 3 : -X, A,-B

Se evidencian empirismos normativos, por parte de la comunidad jurídica teniendo en cuenta que existe vulneración de los planteamientos teóricos ya planteados por los juristas, por otro lado la norma jurídica está siendo objeto de abuso en función a la maternidad subrogada y la legislación comparada no está siendo tomada en cuenta.

Fórmula : -X2; A2; B1; B2; B3

Arreglo 4 : -X, A,-B

4. VARIABLES

4.1. Identificación de las Variables

Dados los cruces que considera las sub-hipótesis en la presente investigación, para poder contrastarlas; se requiere obtener los datos de los dominios de los siguientes valores:

- A = Variables de la Realidad:

A1 = Operadores del derecho

A2 = Comunidad jurídica

- B = Variables del Marco Referencial:

B1 = Planteamientos Teóricos

B2 = Normas

B3 = Legislación Comparada

- X = Variables del Problema:

- X1 = Discrepancias Teóricas

- X2 = Empirismos Normativos

4.2. Definición de Variables

A1 =Operadores del Derecho

Conforme a las corrientes de pensamiento reseñadas, la resistencia de admitir la interpretación de las leyes, naturalmente obligó aplicar la ley en forma mecánica, teniendo entre manos los cuerpos legales, cual si fueran “manuales operativos” o “manuales de usuario”, que no permitían ir más

allá de su contenido; en busca de la verdadera satisfacción del valor superior de la justicia. El magisterio del juez estaba sometido a la aplicación mecánica del texto legal.

A2 =Comunidad Jurídica

Pertenecen al dominio de esta variable, para Cabanellas T, (2002), todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar 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 las normas y documentales a ser analizados y que son atingentes al etiquetado de los alimentos Transgénicos en el Perú”. (p.125).

B1= Planteamientos teóricos

Pertenecen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar... “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”...; referidos a lo básico, es decir...“perteneciente a la base o bases sobre la que se sustenta algo fundamental”. (Caballero, A. Guías metodológicas para los planes y tesis de maestría y doctorado. Editorial UGRAPH SAC. Primera Edición, Lima, Pág. 188).

B2 = Normas

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar “la norma o regla jurídica como un esquema o programa de conducta que disciplina el uso indebido la prueba prohibida en el ordenamiento jurídico peruano, teniendo en cuenta que dicha normativa va a al caso concreto que planteamos en la investigación.

B3 = Legislación Comparada

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitarla “Ciencia cuyo objeto es el estudio de las semejanzas y diferencias entre los ordenamientos jurídicos de dos o más países”; referido a legislación “Se entiende por tal, según la definición de la Academia de la Lengua, “el conjunto o cuerpo de leyes por las cuales se gobierna un Estado o una entidad determinada, y también la ciencia de las leyes”. Con un sentido amplio, debe entenderse por leyes todas las normas rectoras del Estado y de las personas a quienes afectan; dictadas por la autoridad a quien esté atribuida esa facultad.

X1 = Discrepancias Teóricas

Se perfila la idea de que una ciencia de la sociedad no puede tener como objetivo la construcción de una sociedad mejor, ya que el sistema de la democracia realmente existente, ya no necesita perfeccionarse". No es necesario la práctica de un enfoque científico hacia un mejor desempeño de una sociedad si esta se reglamenta por si sola dependiendo las circunstancias de los individuos.

X2 = Empirismos Normativos

Identificamos este tipo de problema cuando, ante la existencia de un problema que se está percibiendo durante mucho tiempo, los responsables no buscan ninguna solución.

4.3. Clasificación de las variables

VARIABLES	CLASIFICACIONES							
	<u>Por la Relación causal</u>	<u>Por la cantidad</u>	<u>Por la Jerarquía</u>					
			<u>4</u>	<u>3</u>	<u>2</u>	<u>1</u>	<u>0</u>	
A= De la Realidad								
A1= Operadores del derecho	Interviniente	Cantidad	—	—	—	—	—	—
	Interviniente	Discreta	T	M Ex	Ex	P	N	
A2= Comunidad Jurídica		No cantidad	Ex			Ex	Ex	
B= Del Marco Referencial								
-B1= Planteamientos Teóricos	Independiente	No cantidad	TA	MA	A	PA	NA	
		Cantidad	—	—	—	—	—	—
-B2= Normas	Independiente	Discreta	TA	MAp	Ap	P	N	
-B3= Legislación Comparada	Independiente	No cantidad	p			Ap	Ap	
-X= Del Problema								
-X1= Discrepancias Teóricas	Dependiente	Cantidad	—	—	—	—	—	—
	Dependiente	Discreta	—	—	—	—	—	—
-X2=Empirismos Normativos		Cantidad						
		Discreta						

Leyenda:

T = Totalmente

Ex =Exitosas

M = Muy

A = Aplicables

P = Poco

C = Cumplidos

N = Nada

Ap = Aprovechable

5. TIPOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

5.1. Tipo de Investigación

Descriptivo Simple: que consiste en buscar y recabar información atinente a la investigación, interpretarla acorde con normas nacionales e

internacionales y supranacionales que resulten aprovechables respecto al objeto de estudio del problema, por parte del investigador; que se pretende dar solución, mediante las siguientes interrogantes: ¿Quién?, ¿Por qué es así?, ¿Cómo debe ser?, ¿Desde cuándo?, ¿Quiénes son los responsables? y ¿Cuál es la solución?

5.2. Tipo de Análisis

Cuantitativo, dado que la investigación gira principalmente en datos o indicadores estadísticos vertidos por instituciones oficiales.

6. DISEÑO DE LA EJECUCIÓN DEL PLAN COMO DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

6.1.1. El Universo de la investigación

El universo de la presente investigación comprende a la sumatoria de todos los datos de los dominios de todas las variables que se han identificado en el anexo 4 sobre identificación de las variables las que son: Comunidad Jurídica, Distrito de Chiclayo, planteamientos teóricos, disposiciones normativas, experiencias de legislación comparada, discrepancias teóricas, empirismos normativos.

6.1.2. Selección de las Técnicas, Instrumentos e informantes o Fuentes

En esta investigación, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requerirá aplicar o recurrir, a las siguientes:

a) **La técnica del análisis documental;** utilizando, como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y de resumen; teniendo como fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: conceptos básicos, normas, Jurisprudencia, incumplimientos y discrepancias teóricas de la Comunidad Jurídica.

b) **La técnica de la encuesta;** utilizando como instrumento un cuestionario; que tenga como informantes a los universitarios del distrito de Chiclayo que aplicamos para obtener los datos del dominio de las variables: discrepancias teóricas.

6.1.3. Población de informantes y Muestra

Debido a que la población de informantes para el cuestionario será la del distrito de Chiclayo, estando integrada por todos aquellos que tiene una relación directa con la problemática en un número de (170) informantes.

6.1.4. Forma de Tratamiento de los Datos

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa informático; y con él se harán cuando menos, los cruces que consideran las sub-hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, serán presentados como informaciones en forma de cuadros, gráficos, etc.

Fórmula:

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

Donde:

n = Muestra

(N) = 80 "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"

$$n = \frac{(1,96)^2 (80) (0,25)}{(1,96)^2 (0,25) + (0,05)^2 (80-1)}$$

$$n = 40 * 2$$

$$n = 80$$

6.1.5. 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 como premisas para contrastar esa sub-hipótesis.

El resultado de la contratación de cada sub-hipótesis (que puede ser prueba total, prueba y disprueba parciales o disprueba total) dará base para formular una conclusión parcial (es decir que tendremos tantas conclusiones parciales como sub-hipótesis hayamos planteado).

Las conclusiones parciales, a su vez, se usarán como premisas para contrastar la hipótesis global.

El resultado de la contrastación 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.

Las apreciaciones y conclusiones resultantes del análisis fundamentarán cada parte de la propuesta de solución al problema nuevo que dio al inicio de la investigación.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. MARCO TEÓRICO

2.1.1. CONCEPTOS BÁSICOS

El desarrollo de la presente investigación tiene como base teórica los postulados de diversos juristas nacionales y extranjeros, tales como Alma Arámbula, Diógenes Jiménez, Ana Araujo, entre otros. Dichos autores han expuesto que, actualmente, las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de procreación asistida, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico – genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja. (ARAMBULA, 2008)

Como es lógico, este hecho cobra particular relevancia, en el caso de la mujer, puesto que la realidad biológica de la maternidad y el recurso a las técnicas de reproducción humana asistida, hacen posible que la mujer pueda planificar su propia procreación, sin los condicionamientos a los que la naturaleza somete el deseo de una paternidad individual. De igual manera, en el caso de que la mujer decidiera colaborar en la procreación de terceras personas, la ayuda que aquella puede brindar no se limita a la donación de su material biológico, sino que puede llegar a implicar la disposición de su integridad psico – física.

2.1.2. OTROS PLANTEAMIENTOS

El Ministerio de Justicia tuvo la valiosa iniciativa de proponer un anteproyecto serio sobre técnicas de reproducción médicamente asistida (Teras) en el Perú, durante el año 2014. Tuve la oportunidad de acompañar a la Comisión multisectorial encargada de este anteproyecto durante algunas sesiones y aprecié posiciones diversas pero valiosas para poder, con cierta dosis de arrojo legal, regular esta materia en un país que tiene una raquítica, por no decir inexistente legislación en la

materia. Esta parte de la investigación corresponde a algunas de mis ideas y análisis comparativo en materia de Teras, que, por el momento político, quizás no verá la luz en el actual gobierno, pero que estoy seguro será comentado, discutido y como no, aprobado, en algún momento, espero cercano, de nuestra historia legislativa. En el siguiente artículo trataré algunas perspectivas sobre las Teras y su justificación legislativa, luego de haber tratado en un reciente trabajo precedente los aspectos bioéticos referidos a esta controvertida y apasionante materia del derecho de personas. (Cieza Mora, 2016: 143-178)

1. Los derechos constitucionales más relevantes analizados en el anteproyecto

1.1. El derecho a la identidad

En el ordenamiento jurídico peruano este derecho está consagrado en el inc. 1 del artículo 2 de nuestra Constitución Política (1993); además de ello, existe instrumentos internacionales en los que también se ha dado jerarquía constitucional a tal derecho; entre ellos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El derecho a la identidad incluye el nombre, el apellido, la fecha de nacimiento, el sexo y la nacionalidad. Los datos descritos anteriormente significan la prueba de que alguien es parte de algo, en este caso, la persona es parte de la sociedad y sus características lo diferencian de los demás.

Todos los niños tienen derecho a poseer una identidad oficial, es decir, a tener un nombre, un apellido, una nacionalidad y a conocer la identidad de sus progenitores” (Humanium, 2016).

Identidad es, además, sentirse parte de un todo, identificarse con ciertos valores y convicciones de un determinado grupo. Así, la identidad no es solo los datos de la faz estática del sujeto, lo es, además, aquello que configura su personalidad, aquello que lo identifica con un grupo, los

factores distintos a los biológicos, como son: factores sociales, económicos, culturales, políticos, etc.

Entendemos, entonces, que la filiación biológica no es suficiente para determinar lo que se entiende por derecho a la identidad, los datos biológicos caen frente a lo que el ser humano ha vivido y la fuerte relación que ha generado con su entorno y consigo mismo. Por tanto, cuando se accede a procreación por medio de las Técnicas de Reproducción Humana Medicamente Asistida el dato genético o biológico como uno de los elementos de la identidad, se debilita frente al elemento volitivo o voluntad pro creacional. Es mucho más real la identidad que nace de la relación paterno-filial entre padres e hijos (Famá, 2012).

Identidad no es un concepto estático aglutinador de datos que permitan identificar al ser humano, sino que es un sentimiento de unión, de sentirse parte de un grupo, de sentir que pertenece a un grupo.

1.2. El derecho a la salud: la salud reproductiva

En el anteproyecto de la ley de reproducción humana médicamente asistida encontramos como derecho involucrado al derecho a la salud. Por tanto, es necesario realizar un análisis de la relación entre el derecho a la salud en especial la salud reproductiva y el texto normativo de las Teras.

Cieza (2006), afirma que:

La doctrina, “No es posible hablar del derecho a la salud sin tomar en cuenta su otra “arista” cuál es el derecho a la integridad pues ambos derechos forman parte de una unidad inescindible cual es la persona humana. El derecho a la integridad constituye el aspecto estático y el derecho a la salud el dinámico de una realidad: la persona humana”.

El derecho a la salud es la “situación jurídica en la que se tutela el estado de bienestar (físico y psíquico) del ser humano”; mientras que el derecho a la integridad consiste en la “situación jurídica en la que se tutela la

condición misma del ser humano, en cuanto inescindible unidad psicofísica” (Espinoza, 2012).

En este sentido, podemos afirmar que el derecho a la salud sexual (derechos sexuales) y reproductivos forman parte del derecho a la salud. La introducción de los derechos sexuales y reproductivos es parte del análisis del estudio de los derechos humanos en las políticas de salud. (Bertoldi et al, 2012)

El reconocimiento de los derechos reproductivos tiene su inicio en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de la ONU, celebrada el año 1994, en la ciudad de El Cairo. En la conferencia se esbozó una definición para estos:

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos” (conferencia Internacional sobre población y desarrollo, 2014).

Por otro lado, de acuerdo al glosario técnico de la Organización Mundial de la Salud, la infertilidad es considerada como una enfermedad. (Red Latinoamericana de reproducción asistida, 2010).

“Infertilidad: enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”.

Por tanto, la infertilidad se debe tomar en cuenta como un tema de salud pública.

La experiencia casuística demuestra que la infertilidad no ha sido considerada como tema de salud pública; por tanto, las personas que sufrían de esta enfermedad y no tenían los recursos económicos no podían acceder a establecimientos privados ni públicos. No considerarse a la infertilidad como un tema de salud pública, negaría la posibilidad de procrear y por tanto se vulneraría los derechos sexuales y reproductivos de aquellas personas. El análisis es el siguiente: i) La identidad de los supuestos relacionados al tema del procedimiento de las técnicas de reproducción asistida: las personas que deseen tener descendencia; sin embargo, son infértiles; a partir de este supuesto podemos dividir en dos: los que tienen recursos económicos y los que no tienen recursos económicos ii) la acreditación de una comparación válida entre los dos supuestos mencionados. Uno si podrá concretizar su deseo de procrear mientras que el otro no y iii) la existencia de una justificación no razonable; nadie puede ser discriminado por condición económica. Es clara la vulneración al derecho a la igualdad de la persona que no tiene los recursos necesarios para poder acceder a las técnicas de reproducción asistida. Por tanto, antes de la vigencia del texto normativo de la “Reproducción Humana Médicamente Asistida” existía una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos y, por ende, al derecho a la salud.

2. Rol del Estado frente a las Teras

El artículo 44 de la Constitución establece los deberes del Estado en favor de la sociedad civil, uno de ellos dispone la garantía de los derechos humanos, lo que quiere decir, la promoción y protección de los mismos.

“Artículo 44.- Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. [...].

“Garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” significa satisfacer y concretizar los derechos de las personas, promoverlos y protegerlos (en caso de lesión o peligro de lesión). El Estado tiene el deber fundamental de garantizar nuestros derechos fundamentales. El derecho a la salud es un derecho humano, reconocido por diversos textos del Derecho Internacional; asimismo, los derechos sexuales y reproductivos como parte del derecho a la salud deben estar garantizados y protegidos por el Estado.

El Estado debe realizar políticas públicas sobre temas de salud. Conforme al inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, toda persona tiene derecho a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

Asimismo, el artículo 7 señala lo siguiente:

“Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la

Comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.

Este derecho deriva en obligaciones concretas por cumplir, por lo que el Estado debe adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población, lo que justifica adoptar medidas legislativas para que la sociedad en general pueda acceder de manera segura a las técnicas de reproducción humana asistida.

En efecto, el artículo 9 de la Constitución Política del Perú señala que el Estado determina la política nacional de salud, en virtud a su compromiso de protección a la salud de sus ciudadanos, en base también a lo establecido en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, y el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto a la protección o conservación de la salud, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La conservación del estado de salud en cuanto contenido del derecho constitucional a la salud comprende, a su vez, el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. La conservación de la salud no es posible sin el acceso y sin el goce de las prestaciones correspondientes. Por esto, el acceso y el goce de las prestaciones de salud también están comprendidos en cuantos ámbitos de protección o contenidos del derecho a la salud.

En consecuencia, una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria de la prestación, una perturbación en el goce de la misma o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal de la prestación, constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud”. (Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de agosto del 2006, recaída en el Exp. N.º 7231- 2005-PA/TC. Fundamento jurídico 2)

Así, el Estado orienta a la promoción de salud pública a través de diversos programas y/o textos normativos los cuales ayudan a satisfacer y concretizar efectivamente el derecho a la salud en general. En este sentido, la infertilidad considerada por la OMS como una enfermedad, implícitamente es tomada en cuenta como un tema de la salud pública. Por tanto, de acuerdo a los mandatos constitucionales, el Estado tiene el deber primordial de intervenir en el tema de la infertilidad. Asimismo, este argumento forma parte de la justificación para el uso de las Teras.

3. Origen de las Teras: Breve desarrollo de las Teras en el Perú y en el desarrollo comparado. Algunos casos emblemáticos

El origen histórico de las Teras encuentra su razón en la necesidad de las personas por concebir cuando por medios naturales les resulta complejo, difícil o imposible. En la actualidad, la razón principal sigue siendo la

misma, aunque no descartaremos casos en los que algunas personas deciden criopreservar embriones al tener un proyecto de vida que requiera que su embarazo sea en época futura, pero luego explicaremos esto.

El primer caso de fecundación in vitro es el de Louise Brown [reseñado en la primera sección del presente trabajo], conocida como el primer bebé probeta de la historia [Inglaterra – 1978]. La unión de un espermatozoide y el óvulo de la madre se realizó en una placa de laboratorio para posteriormente sería implantado en el útero de Leslei [madre de Louise Brown]. El caso significa nuevas opciones que ofrece la ciencia para tratar casos en los que el embarazo no puede ser posible por vías naturales. El nacimiento de Louise no fue sino el fruto de muchos años de trabajo entre Patrick Steptoe y Robert Edwards, que en 1966 lograron fecundar un ovocito humano:

Seis años después se presenta el primer nacimiento a causa de la donación de un óvulo [EE.UU – 1984] y en Australia una mujer trajo al mundo a un bebé que provendría de un embrión congelado. Esto no significa que antes de los casos emblemáticos no se dieran situaciones importantes, Antonio Borrel Macia cuenta que durante la segunda guerra mundial los soldados enviaban líquido seminal a sus mujeres de América para ser fecundadas y, como se asevera, “nacieron 20 000 (seres humanos) que la Corte Suprema de New York declaró legítimos (Espinoza, 2012).

Es importante mencionar que estamos ante una realidad que no debe ser dejada de lado y que la ciencia ha ayudado a que quienes no puedan tener hijos lo hagan, sin desconocer la posibilidad de quienes proyecten criopreservar un embrión con la finalidad de implantárselo en alguna época de su vida en la que resulte acorde a su plan de vida.

Menciona el profesor Espinoza (2012):

“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 al servicio de quienes no pueden tener hijos; pero que tienen, como apunta un atento sector de la doctrina, 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 abrazo la convicción de que la sociedad peruana comprenda la magnitud de las consecuencias de esta revolución genética”.

A continuación reseñaremos algunos casos emblemáticos que servirán para el estudio de las Teras así como del Ante proyecto del Minjus.

3.1. El caso Artavia-Murillo

Caso Contencioso de Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre del 2012. Caso “Artavia Murillo y Otros “Fecundación in vitro vs. Costa Rica”. Serie C N.º 257.

Este caso emblemático se refiere a un supuesto de fecundación in vitro en el cual la Corte Suprema de Costa Rica restringe los supuestos de este tipo de fecundación asistida limitando su factibilidad a situaciones en donde solamente lo pueda realizar la pareja casada. Asimismo la Corte Suprema costarricense asume la posición de la protección absoluta del embrión pues considera que se le debe proteger de manera prioritaria. Los afectados con este tipo de medida que padecían de infertilidad y habían escogido la fertilización in vitro (FIV) para solucionar su problema procreacional cuestionaron la sentencia de la Corte Suprema y se llevó el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y luego al no proceder en esa etapa porque las recomendaciones no fueron implementadas por el Estado costarricense fue discutida la demanda a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la misma que fijó criterios vinculantes en el caso de la FIV haciendo un análisis más amplio de la situación presentada en donde no solamente hay una visión parcial que recoge la protección absoluta del embrión sino que la protección del embrión tiene que ponderarse con otros derechos constitucionales

reconocidos como la integridad, la salud, la intimidad, la privacidad familiar, la autonomía de la persona; por lo tanto, se establece un criterio de cooperación entre los derechos personalísimos mencionados y los derechos que recaen sobre el embrión. Asimismo se asume la posición que el embrión implantado en el útero merece una tutela íntegra pero si aún no se presenta tal caso se entra a esta ponderación de derechos aludida en donde se puede preferir el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva. (Caso Artavia Murillo y Otros, 2012)

3.2. Caso Argentino

Paula Siverino (2010), reseña una serie de casos en uno de sus artículos publicado en Diálogo con la Jurisprudencia.

Uno de ellos es el caso que se presentó en Argentina en el año 2007, en el cual el Poder Judicial ordenó que el tratamiento médico de reproducción asistida debiera ser cubierto por el servicio de medicina prepaga. Esto quiere decir que para que las Cortes se hayan pronunciado en este sentido, se debe considerar que la infertilidad es una enfermedad o discapacidad por las consecuencias psicológicas que acarrea.

Otro caso se presentó en Argentina en el año 2008, también presentado por Severino (2010), en el que se discutió la posibilidad de autorizar una fertilización in vitro con el objeto de lograr un embrión histocompatible para salvar al otro hijo enfermo de la pareja. Este caso tiene una justificación ética para salvar la vida del hermano enfermo, por lo que la duda ante la presencia de embriones supernumerarios cede ante el imperativo de la procreación y la posible salvación de la vida de su hermano. En el caso de los embriones no compatibles estos deben ser crioconservados.

En los casos propuestos es necesario tener claro el concepto de derechos reproductivos. Asimismo es importante establecer que la infertilidad es

una discapacidad y por lo tanto una enfermedad que debe ser tratada como un caso de salud pública.

En Argentina también se presentó (2008) la solicitud de procreación asistida para una pareja del mismo sexo situación que fue amparada por el juzgado.

3.3. Casos emblemáticos a nivel nacional

Siverino (2010), también nos reseña algunos casos emblemáticos a nivel nacional como es el que se tramitó en el Exp. N.º 183515-2006 ante el Décimo quinto Juzgado Civil de Lima, que trata de un proceso de impugnación de maternidad e identidad genética. En este caso se solicita la impugnación de maternidad de la abuela ya que tal como estaba la situación jurídica antes de la sentencia, el niño nacido mediante Teras era “hermano de su madre”. Los hechos en este proceso obedecen a un proceso de gestación subrogada en el que una mujer no podía gestar pero sí ovular y su madre se ofrece a gestar en su vientre al producto de la concepción de su hija con su cónyuge. El bebé nace sin ningún inconveniente y la abuela que había gestado al nieto lo entrega a su hija. Pero el problema se da cuando el registrador inscribe al bebé como hijo de la gestante subrogada lo que origina el proceso de impugnación de maternidad. En el proceso si bien el juez considera que las normas no permiten la impugnación de maternidad por las causales alegadas por la madre donante de los óvulos, sin embargo no se cierra frente a las nuevas tecnologías y a las nuevas maneras de procreación y declara fundada la demanda de impugnación de maternidad haciendo una interpretación de los artículos de impugnación de maternidad y creando derecho en una sentencia digna de tenerse en consideración. Sin embargo, estas sentencias no son siempre tan flexibles ni contamos con todos los jueces con una amplitud de criterio como en este caso y no sería extraño encontrar graves dificultades para que en casos similares al narrado no se pueda encontrar justicia en nuestros tribunales lo que genera incertidumbre que debería ser abolida con esta norma.

El primer caso de impugnación de maternidad por la aplicación de una Tera (ovodonación) se presentó en el año 2008 y fue resuelto por la Corte Suprema de La República del Perú mediante la Casación N.º 5003-2007 Lima, de fecha 06 de mayo del 2008, publicada en el boletín de Casaciones del diario oficial El Peruano del 03 de septiembre del 2008.

La demandante Mónica Cedelina Oblitas Chicoma en representación legal de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas presenta una Demanda de Impugnación de Reconocimiento de Maternidad contra María Alicia Alfaro Dávila (demandada) por el reconocimiento efectuado por esta última a la menor Beatriz Alicia Alfaro Dávila.

El argumento de la demandante se centra en que la demandada no es la madre biológica de la menor pues esta fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y a su vez se utilizaron los espermatozoides del cónyuge de la demandante el sr. Custodio Olsen Quispe Condori, según dice, sin el consentimiento de este. La Corte Suprema señala en su considerando séptimo que el menor hijo de la demandante y en cuyo nombre se actúa, el menor Olsen.

Fabricio Quispe Oblitas es hermano paterno de la menor que la demandada ha reconocido como hija, conforme al resultado de ADN de lo que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori y que se impugna la maternidad por que el reconocimiento no coincide con la realidad biológica. En su considerando noveno la Sala Suprema considera que sí hay un interés legítimo del menor representado para iniciar una acción judicial dada su situación única, propia, personal que le otorga su calidad de hermano. Por último la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República resuelve declarar Fundado el Recurso de Casación interpuesto por Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabricio Quispe Oblitas en consecuencia declararon Nula la resolución de vista de fecha 03 de agosto del 2007 e insubsistente la apelada de fecha 23 de octubre del 2006, ordenaron que el juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos emitidos por la Sala Suprema.

Tal como señala Cieza (2008):

“En el presente caso [...] si bien se realizó una Teras que colisiona con el art. 7 de la LGS existe ya una menor, una vida, como consecuencia de tal acto y esta debe ser tutelada en todas las vertientes de su existencia, incluida su identidad estática y también la proyección social de su personalidad”.

Como se puede apreciar, antes de la dación de la presente norma, existían graves problemas para los cuales muchas veces no estaban preparados tampoco los operadores jurídicos.

En el caso peruano, al igual que el argentino, no existía una norma que regulara las Teras lo que trajo graves problemas de interpretación del artículo 7 de la LGS que es la única norma que permitía la reproducción asistida pero que la supeditaba a la identidad entre madre biológica y madre gestante lo que implicaba la aparente proscripción de la ovodonación, la embriodonación y también la gestación subrogada. Por ejemplo, para el caso de ovodonación, su proscripción carecía de sustento pues mediante esta técnica es factible la procreación en el 70% de los casos, en cambio mediante el uso de los óvulos de la mujer gestante con problemas de ovulación solamente es probable el 20% de éxito en el tratamiento con lo cual su prohibición era limitativa de la voluntad procreacional.

4. Problemática actual sobre las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, la labor del Estado en este aspecto y la justificación de su regulación

La alternativa de las Teras se ve manifestada en la necesidad de las personas de poder ejercer libremente sus derechos reproductivos. Muchas de estas personas, además, no pueden disfrutar plenamente de estos derechos dado que no pueden tener hijos de manera natural (infertilidad) y que requieren acudir a las Teras para poder alcanzar uno de sus anhelos más preciados: el tener descendencia.

De esta manera, en el Perú las Teras resultan siendo parte de la problemática nacional como problema de salud pública; sin embargo, como se verá, las Teras se llevaban a cabo exclusivamente en el sector privado con la atención de las clínicas especializadas en estos procedimientos desde hace ya varios años. Sobre el particular a la actualidad no hay una estadística que permita apreciar a ciencia cierta el número de personas que busquen estos métodos, pero se sabe que son una gran cantidad de potenciales progenitores que los requieren. Ahora bien, como ya se indicó, aquellas personas que tenían vocación procreacional solamente podían acceder mediante el sistema privado a tal posibilidad, lo cual era sumamente costoso y constituía criterios de discriminación pues personas que no contaban con los recursos que se necesitan para someterse a este tratamiento estaban impedidas de ejercerlo por más que existía una clara y patente voluntad de procrear y constituir una familia.

La problemática abarcaba diversos aspectos como la necesidad de regular situaciones de hecho sobre las Teras que se venían dando de manera libérrima en el país pues se efectuaban sin ninguna regulación, lo que podía haber generado incertidumbre en las situaciones controvertibles presentadas. Al no haber existido ningún tipo de regulación o elementos directrices para su correcta aplicación en concordancia con los anhelos de las personas que buscaban someterse a dichos tratamientos, podían generarse situaciones que vulneraban los derechos personalísimos o patrimoniales de los solicitantes de las Teras o de las partes involucradas en dichos tratamientos incluyendo al fruto de la concepción. Asimismo, la falta de regulación había generado que se planteen problemas legales en cuanto a la filiación, aspectos sucesorales, de obligaciones y derechos de los padres para con los hijos que nacían de una Tera, la situación de los embriones crioconservados “excedentes” y la determinación de su destino, el arrepentimiento de quien decidió someterse a una Tera y que pretendía desconocer al hijo nacido de tal técnica y muchos otros problemas que requerían una legislación que esclarezca este tipo de situaciones y que diese una respuesta a los

interesados y a la sociedad, representada en el Estado, interesada en este tipo de procedimientos. Además, como se ha informado anteriormente, nuestros tribunales en las ocasiones que se han manifestado sobre Teras en el Perú han tenido graves problemas para establecer criterios que sirvan de precedentes jurisprudenciales por la carencia de un referente legislativo que les permita tener una base referencial para resolver los problemas presentados y que no han sido satisfechos.

Es interesante tener en cuenta que las Teras vienen siendo objeto de estudios multidisciplinarios en diversos países, dictándose inclusive cursos o posgrados sobre dichas técnicas para abogados, médicos neonatólogos y científicos en general, por lo que su estudio y evolución a nivel académico es ya, a la fecha, muy desarrollado; situación que también ha justificado la presente regulación en nuestro país pues el avance de la bioética y los aspectos tecnológicos y científicos han llegado a tal nivel que permiten crear situaciones que de no ser reguladas pueden generar controversias graves y atentar contra los derechos personalísimos y patrimoniales de las partes involucradas en los procedimientos. Estos estudios se desarrollan a nivel mundial, en instituciones públicas y privadas, muchas de las cuales cuentan con una infraestructura y capacidad tecnológica de primer nivel para el desarrollo de las Teras, existiendo una demanda importante de las personas que requieren, con urgencia, un tratamiento, por lo cual se ha establecido servicio especializado en las clínicas y hospitales tanto en América Latina como en Europa y los Estados Unidos. Este desarrollo y por ende sus riesgos (riesgos del desarrollo) también se ha podido apreciar de manera acelerada en nuestro país, en donde algunas clínicas privadas se dedican exclusivamente al tratamiento mediante Teras y existe un mercado cada vez más creciente al que solamente podían acceder quienes contaban con recursos económicos suficientes.

La Constitución del Estado establece el principio de no discriminación, por lo que, haber permitido que las Teras se practiquen libremente en nuestro país pero solamente para un grupo privilegiado de personas contravenía

un Estado social y democrático de derecho. La salud, y en particular, la salud reproductiva y sexual no podían ser el monopolio o privilegio de un sector de la población. La población, sin excepciones, que busque tener descendencia y que por un factor fisiológico o por decisión voluntaria, quieran ser sometido a una Tera no debería haber visto restringido su derecho a la salud y a la dignidad.

El Tribunal Constitucional (TC) ha reseñado brevemente la igualdad como derecho fundamental y cuándo estamos frente a discriminación en la sentencia recaída en el Expediente N.º 00048- 2004-AI:

“59. La igualdad como derecho fundamental está consagrada por el artículo 2 de la Constitución de 1993, de acuerdo al cual:

« [...] toda persona tiene derecho [...] a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole». Contrariamente a lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación”.

Haber dado la posibilidad de someterse a Tera solo a aquellas personas que pueden costear este tratamiento resulta siendo discriminatorio, sobre todo cuando el Estado cuenta con estadísticas proporcionadas por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) que dan cuenta, al menos, del problema de fertilidad.

Es un hecho que los varones y las mujeres se interesan por su fecundidad, fertilidad, sexualidad, sus derechos reproductivos, por lo que esta aspiración se ha determinado y regulado en instrumentos internacionales como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo (El Cairo 1994) y la Cuarta Conferencia Internacional de la Mujer (Beijing 1995).

Como se mencionó, es interesante tomar en consideración las cifras del INEI para comprender a ciencia cierta aspectos de la salud reproductiva y

sexual en el Perú en sus diversas ubicaciones geográficas. Los estudios a nivel nacional referidos a la fecundidad han sido referidos fundamentalmente a las mujeres pues es en estas donde se aprecia el desarrollo del que está por nacer, pero poco se ha incidido en el papel de la fecundidad vista desde el varón. Pues bien, en los estudios del INEI podemos encontrar estadísticas y análisis probabilísticos en el caso de los varones hasta el 2008. Y esto es importante pues la concepción no es solamente un asunto de la mujer sino que es un tema compartido entre varón y mujer y la infertilidad o esterilidad puede deberse a situaciones que atañen al varón como a la mujer. De ahí la importancia de recientes estudios en varones, que permite tener una visión más amplia e integral de la situación en materia de Teras en el Perú (Endes, 2013).

El siguiente cuadro nos muestra la curva de la fecundidad en el Perú en las encuestas de cada año. Así se observa que en la última encuesta (2013) la curva definitivamente es mucho más baja, lo que se concluye que la capacidad reproductiva de la mujer está disminuyendo y por tanto la existencia de mayor grado de infertilidad que requeriría ser atendida mediante las Teras.

Ello justifica que el transcurso del tiempo tendería a necesitarse de este tipo de técnicas para afrontar la creciente infertilidad, y ello conlleva a que se legisle sobre las Teras.

Cabe anotar que estas encuestas nos sirven para poder tener un panorama referencial de la necesidad que se tuvo de legislar sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Además, el problema era mayor aún para personas que tenían que recurrir a las Teras por causa de infertilidad, situación que está considerada por la OMS como una enfermedad. Así, había un sector de la población en el que era más latente la necesidad de que las Teras sean reguladas para poder tener predictibilidad en los procedimientos a los que se someten y no quedar simplemente a la discrecionalidad de los sujetos operados de las Teras que generalmente están en una situación de asimetría con respecto a los solicitantes.

Otro aspecto importante del por qué se decidió regular las Teras es que estos métodos han sido, en la práctica, implementados solamente para un sector de nivel socioeconómico alto, lo cual es perfectamente válido, pero en el caso de la población de escasos recursos económicos que ansía tener hijos no podía someterse por su limitación económica. Esta situación era discriminatoria e iba contra lo que establece la propia Constitución del Estado que proscribía toda forma de discriminación por razones de raza, sexo, religión o factores socioeconómicos, como ya se indicó. De esta manera el Estado como política pública está implementando la infraestructura necesaria y adecuada para poder dar acceso a los solicitantes que requieran someterse a las distintas modalidades de Teras y de esta forma, brindar la posibilidad de ser padres a aquellas personas que no podían acceder al sistema privado por no estar a su alcance. Esto se justifica en un país con una marcada desigualdad económica.

De la poca información con la que se cuenta respecto a los centros especializados en Teras, resulta interesante que el 15% de usuarios eran extranjeros. ¿Qué significado puede tener este alto porcentaje de requirentes extranjeros? Pues que el Perú era un lugar apropiado para que solicitantes de otros países se sometieran a las Teras y esto se daba presuntamente porque en el Perú era fácil someterse a estos procedimientos por la falta de control de riesgos existente al producirse un problema o una controversia entre los sujetos intervinientes en las Teras o un conflicto presentado con las clínicas, e inclusive una probable afectación a los derechos del neonato que nace sufriendo una afectación a su capacidad y que no deseaba ser asumido por el solicitante por considerarlo “un producto defectuoso”. De la misma manera, al no haber estado regulada, sino al contrario, prohibida la gestación subrogada (artículo 7 de la Ley General de Salud), se generaban incentivos que permitirían vulnerar derechos o no asumir responsabilidades si algo en el procedimiento no resultaba como se previó originalmente, pues no existe una norma que regule estos tratamientos ni tampoco que sancione la vulneración a derechos subjetivos derivados de las contingencias médicas u hospitalarias que se puedan producir como consecuencia de las Teras.

Como ya se señaló, aspecto central para enfocar la problemática que genere la necesidad de regulación de las Teras en el Perú es el establecer que la infertilidad (para los casos de sometimiento a Teras por infertilidad) pueda ser considerada como un problema de salud pública en nuestro país. Con esta ley estamos adoptando la posición de que la infertilidad es un problema de salud pública. Siendo así la infertilidad es considerada una enfermedad de interés para la salud pública, con un enfoque preventivo.

Para temas de definición, la salud pública es considerada como “la ciencia y el arte de prevenir las dolencias y las discapacidades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia física y mental mediante esfuerzos organizados por la comunidad” (Roa Meggo, 2012).

La OMS define la salud como “Estado de completo bienestar físico, mental y el bienestar social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades” (Roa Meggo, 2012).

Se ha considerado por la literatura médica que la infertilidad debe ser incluida como una enfermedad no transmisible (ENT). Así también lo ha expresado la OMS. La infertilidad al afectar al desarrollo o a la proyección social de la personalidad constituye un menoscabo en la salud psíquica de las personas que la padecen y por lo tanto esta afectación psíquica puede tener connotaciones físicas. Si se afecta la salud emocional y física de las personas infértiles o estériles es pertinente catalogar a la infertilidad como una enfermedad no transmisible. Esta situación de padecimiento es definida por la literatura médica así: “La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”, según la definición en Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (Roa Meggo, 2012).

Respecto a la importancia del tema de infertilidad en el sector público, la Dra. Ysis Roa-Meggo nos muestra el siguiente cuadro en el que se observa los casos de consulta externa por infertilidad que han sido atendidas en el Hospital Loayza:

Por último, la regulación se justifica desde la perspectiva del paciente pues la infertilidad no solamente genera un menoscabo a su salud emocional y física sino que es menester tener en cuenta que actualmente los costos de las Teras en las clínicas especializadas no están al alcance de la mayoría de la población. Por ejemplo una fertilización in vitro (FIV) tiene un costo aproximado de US\$ 5000, o una inseminación artificial tiene un valor aproximado de US\$ 3500, mientras que, como referencia, el sueldo mínimo anual es de US\$ 2900.00.

5. Casos clínicos a nivel comparado que sirvieron de referencia

Diversas situaciones se pueden producir en la vida de relación en cuanto a la aplicación de las Teras, las mismas que sería imposible reglarlas en su integridad por lo variopinta de la realidad que a través de la casuística sobrepasa la legislación y la previsión normativa. Sin embargo, una vez analizada la problemática es pertinente abordar legislativamente las principales situaciones de hecho producidas en la realidad social en materia de Teras. Como señalamos la casuística puede ser inmensa ya que responde a las necesidades y requerimientos de los solicitantes a las entidades sanitarias. A manera de referencia podemos citar algunas situaciones que se presentan en el formante comparado y que se han venido dando en países como España en donde las Teras y su regulación se presentan desde la década de los ochenta del siglo pasado.

5.1. Caso de mujer casada y que con hombre distinto a su marido que desea ser inseminada (Arvellan y Sánchez, 2010)

Esta situación se puede dar fácilmente en un país como el nuestro en donde muchas veces no existe un control de la situación jurídica de los solicitantes. En un supuesto como el planteado una mujer separada durante años de su marido solicita ser inseminada por su pareja actual. Sin embargo, el vínculo conyugal formalmente persiste por lo que la descendencia filial- mente corresponde al marido de acuerdo a nuestra legislación vigente (pateris). En todo caso es necesaria la regularización

de la situación de la mujer para someterse a una inseminación con su actual y real pareja, en caso contrario se presentarán problemas tanto para la mujer como para la descendencia y también para los padres en disputa, el biológico y el legal. Recordemos que se requiere la anuencia del marido para la aplicación de las Teras. Una situación como la planteada debe ser evitada mediante los controles adecuados.

5.2. Caso de hombre que desea que se fecunde in vitro a su amante

Otro supuesto que se presenta en casuística comparada es el mencionado. En este caso el hombre es casado, no existe separación de hecho determinada de acuerdo a las normas de familia vigentes, pero tiene una amante a quien desea fecundar mediante la Teras mencionada. Es un problema que se da en la realidad de manera común pero sin la utilización de Teras. ¿Se podrá limitar la voluntad de ambas partes (hombre y amante) de procrear si no existe legalmente un impedimento para tal situación? Una norma debe al menos darnos una perspectiva legal al respecto y, como no, axiológica y conductual. El Estado, si responde afirmativamente, ¿estará promoviendo el adulterio, cuando sabemos que para se configure este se requiere del yacimiento y en el caso de la fecundación in vitro es de naturaleza extracorpórea? Una norma debe dar una orientación al respecto.

5.3. Caso de mujer sola sin pareja que desea someterse a reproducción asistida

Esta es otra situación que se presenta comúnmente en el derecho comparado. La norma no encuentra ninguna restricción al respecto, pues una mujer sola puede someterse a una inseminación artificial o a una fecundación in vitro de donante anónimo para satisfacer su legítima voluntad procreacional. Esto guarda relación con los nuevos tipos de familia que la sociedad ha venido reconociendo, como es el caso de la familia monoparental la misma que ha sido tutelada por el propio Tribunal Constitucional de su país (España).

5.4. Caso de hombre solo que dio su consentimiento antes de las técnicas que establece filiación

Este es otra situación de hecho que es común y se presenta cuando el sujeto ha dado su consentimiento para la realización de las Teras a una mujer y después se arrepiente. Si el arrepentimiento se produce luego de la iniciación del procedimiento no puede exonerar al arrepentido de la filiación con todos los derechos y deberes que este instituto familiar establece. El arrepentimiento puede producirse antes de la iniciación del procedimiento o de la formación del embrión pero ya no puede tener efectos legales luego de su formación, lo contrario dejaría desprotegido al producto de la concepción.

5.5. Caso de una pareja unida de hecho y registrada ante el registro de uniones de hecho. Si no se tiene el consentimiento del compañero de hecho puede actuar como mujer soltera.

En el Perú en este supuesto se da en la relación convivencial reconocida notarial o judicialmente. Ahora, el problema se presenta si no existe consentimiento del concubino ¿Es posible la autorización de la utilización de las Teras en una mujer equiparándola a una mujer soltera?, teniendo en cuenta que los estados civiles en el Perú son de casado o soltero y no de relación convivencial, salvo para los derechos reconocidos como la sociedad de gananciales o la herencia. ¿Se debe priorizar la autonomía privada de la mujer o se requiere el consentimiento del conviviente?

5.6. Objeción de conciencia a realizar las técnicas por peligro para la madre o la descendencia

Otro aspecto que es interesante mencionar es el de la objeción de conciencia que tiene un reconocimiento en la doctrina y en la jurisprudencia y por medio del cual un sujeto puede oponerse a realizar

determinado acto que contravenga sus principios éticos o religiosos, y por lo tanto considera debe prevalecer su autonomía y la proyección social de su personalidad sobre una norma imperativa, buscando compensar esta renuncia mediante otras acciones. Ahora, en el caso de los médicos estos pueden acudir a este principio si consideran que las Teras aplicables genera un peligro para la madre o la descendencia así la madre o la pareja estén de acuerdo con estas. No se puede desconocer este importante principio que forma parte de la identidad dinámica y que está dentro del ámbito de la dignidad del médico a oponerse a determinados actos si van contra sus convicciones.

5.7. Objeción de conciencia de los donantes

La objeción de conciencia no solamente puede darse con respecto a los médicos sino también inclusive en el caso de los donantes. Estos pueden también considerar que sus convicciones se contraponen en la forma como se están llevando a cabo los procedimientos de Teras por considerar que se pone en peligro a la descendencia o a la madre por ejemplo. Así que también es importante tomar en cuenta la objeción de conciencia de los donantes que, como se ha establecido, son anónimos.

5.8. No posibilidad de llevar a cabo el procedimiento si la madre sufre diabetes y hay riesgo para su salud

Existen otras situaciones que hay que evaluar y que, de manera genérica, pueden ser abordadas por la norma. Por ejemplo el caso en que la madre sufra de una enfermedad como la diabetes C en que haya una posibilidad, aunque menor, de ser transmitida por herencia. Inclusive el VIH en que hay una posibilidad de ser transmitida por herencia es materia de esta interrogante legal. Aunque para esto existen métodos para la determinación de la probable transmisión de la enfermedad, significaría el descarte de embriones afectados escogiendo solamente a los sanos, situación por lo demás debatible. El dilema ético y legal es si es posible que el tratamiento se lleve a cabo a pesar de las enfermedades mencionadas o si hay el derecho por parte del centro sanitario de negar tal posibilidad.

5.9. Sobre la solicitud de la mujer que desea una FIV y su marido es bipolar y con proclividad al suicidio

Esta situación puede darse y es el caso de un enfermo mental que no está declarado interdicto y con intentos de suicidio pero su mujer tiene el material genético congelado y desea que se proceda con la fecundación in vitro. ¿El establecimiento de salud podrá impedir el inicio del procedimiento o deberá respetar la voluntad de la mujer solicitante? Hay que tomar en cuenta que, en el caso, la mujer aducía que debería procederse a la fecundación antes de que su marido se suicide.

5.10. Sobre la solicitud de dos sordomudos en el que la mujer aparte sufre de alteraciones psíquicas

Estos casos sobre discapacitados no declarados interdictos se presentan frecuentemente por lo que es necesaria una actitud prudente en el manejo de estas situaciones, porque hay que tener en cuenta la salud de la mujer que desea someterse a este tipo de actuaciones y la de la descendencia. Recordemos que el consentimiento informado debe darse por persona con discernimiento y con voluntad libre. En el caso concreto la mujer no podía realizar trabajos comunes por lo que su situación era difícil para hacerse cargo de una criatura.

5.11. Sobre los pacientes con VIH, Hepatitis B y C que quieren someterse a las técnicas

Estos son casos que ya los mencionamos precedentemente pero que por su importancia requieren un análisis por la autoridad de salud. Está el dilema de si privilegiar la voluntad procreacional o tutelar la salud de la descendencia ante el peligro, aunque sea mínimo, de una eventual transmisión de la enfermedad.

2.1.3. DERECHOS INVOLUCRADOS

2.1.3.1. DERECHO A LA LIBERTAD

"La libertad es el poder obrar según la propia determinación, y, en consecuencia, ausencia de regla prohibitiva o restrictiva de una actividad determinada.

En Derecho, se admiten diversas figuras de la libertad, muchas de ellas originadas en las garantías individuales y sociales que consagra la constitución. Citamos:

1. La libertad política
2. Las libertades individuales o sea, aquellas potestades reconocidas al individuo para el desarrollo de su actividad, y que se hallan garantizadas por la ley y, según explica Capitant, están en principio, por encima de los gobernantes, encargados solo de organizarlas con miras a las necesidades de la vida en común, tales como: la libertad individual stricto sensu, la libertad de trabajo, etc." (FLORES, 1980)

"La Real Academia de la Lengua Española (2016), define libertad como la 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. Falta de sujeción y subordinación. Facultad que se disfruta en las naciones bien gobernadas de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres".

"El principio de la libertad humana requiere la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que

no les perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta tonta, mala o falsa". (STUART, 2009)

Entonces podemos decir que una mujer haciendo uso de su libertad personal podría disponer de su cuerpo como mejor le parezca, pues al no afectar a nadie con esta disposición estaría dentro de su derecho; pues ella tiene derecho a elegir y desarrollarse como mejor le parezca.

2.1.3.2. DERECHO A LA INTEGRIDAD

La Constitución Política del Perú (1993), en su artículo N° 2 define 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 cuanto le favorece".

"La integridad, en este inciso, tiene tres contenidos expresos: moral, psíquica y física.

La integridad física es el derecho que tiene la persona a la intangibilidad de los diversos elementos que componen su dimensión física. Ellos son:

La integridad corporal, es decir, la preservación de sus órganos, partes y tejidos, tanto en cantidad como en calidad.

La integridad funcional, se refiere al mantenimiento de las funciones del organismo de acuerdo con las capacidades, edad y demás elementos que intervienen en ellas. La integridad física puede permanecer y, sin embargo, haberse alterado la capacidad funcional, por ejemplo, por una forma de alimentación que inhibe determinadas habilidades o características del organismo.

La salud integral, que atañe a la integridad corporal y funcional, pero también al funcionamiento y previsión de un futuro positivo para el organismo humano. Así un esfuerzo extenuante y continuado no afecta,

en principio, las integridades anteriores, pero compromete el desenvolvimiento de la vida futura.

La integridad física ha sido tratada en el Código Civil peruano. El Art. 5 dice que es irrenunciable y no puede ser objeto de cesión, aun cuando puede hacerse excepción a irrenunciabilidad en ciertas hipótesis previstas en el Art. 6 de dicho cuerpo jurídico.

Sin embargo, los Arts. 6 al 12 del Código Civil se refieren así, exclusivamente, a la integridad corporal. El Art. 7, al tratar de la donación de partes del cuerpo o tejidos que no se regeneran, establece que "no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante". Esta es una evidente alusión a la salud integral que, por su propia definición, incluye la integridad funcional.

No obstante, la norma se refiere solo a la donación de tejidos que no se regenera, cuando el problema puede también presentarse en los regenerables: basta imaginar la donación de una cantidad significativa de sangre.

La Integridad psíquica se refiere a la preservación de todas las capacidades de la psiquis humana, que incluyen las habilidades motrices, emocionales e intelectuales. Con el desarrollo de la tecnología médica y psicológica hoy se pueden afectar o hacer perder todas o algunas de estas capacidades en diverso grado, a través de procedimientos que son de uso público. Cualquier trato que conduzca a producir estas incapacidades directamente atentará contra el derecho a la integridad psíquica.

La integridad moral tiene un sentido restringido muy importante que es la dimensión ética de la persona. Como derecho quiere decir que cada ser humano puede desarrollar su vida de acuerdo al orden de valores que conforman sus convicciones, desde luego todo ello dentro del respeto a la moral y al orden público." (BERNALES, 1996)

2.1.3.3. ¿EL CONTRATO ES VÁLIDO?

Si en nuestro país se hiciera un contrato de esta naturaleza, sería totalmente inválido, pues si bien no está expresamente prohibido, la Ley General de Salud - Ley N° 26842, en su artículo 7º, interpretado en sentido contrario, lo prohíbe desde que permite la reproducción asistida, siempre que la madre genética y gestante sea la misma.

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

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos." (LEY GENERAL DE SALUD)

Pero en caso de que se hiciera un contrato aun cuando es inválido. ¿Cómo se tendría que resolver? Pues ya sabemos que el vientre de alquiler está prohibido y que también el contrato sería nulo, pero esto es algo muy sencillo y banal para definir el destino de un niño que no puede defenderse ni opinar. El único caso tratado en nuestro país sobre este tema lo hizo la sala civil permanente de la corte suprema de justicia de la república en el proceso de Casación-N° 5003-2007-Lima, en la cual la sentencia no fue favorable para nadie, pues al anular la maternidad de la mujer gestante, además de ser la mujer que la deseo y planeó su nacimiento, la niña en cuestión se quedó sin madre ya que la dueña del ovulo era una mujer anónima y la mujer que pidió la casación actuando en representación de su menor hijo no tendría como afirmar que ella era la madre ni que contrato un servicio.

2.1.3.4. SI EL VÁLIDO, ¿CÓMO SERÍA EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO?

En caso que nuestro ordenamiento jurídico aceptara este tipo de prácticas y validara los contratos, estos tendrían que ser claros y favorecer a las dos partes, la portadora no podrá abusar del deseo de la pareja o la mujer de ser padres o madre para cobrar un precio excesivo, así como la pareja o la mujer contratante no podrá abusar de la necesidad económica de la futura portadora si es que la tuviese, y pagarle una cantidad ínfima.

"El contrato protege a las dos partes. Le pone límites a los derechos y obligaciones de cada una de ellas y sienta las bases sobre las cuales las partes van a trabajar. Normalmente el trato es familiar y fluido, de manera que el contrato sólo es un marco legal para avanzar. Pero cuando el trato no es tan cercano, y se presentan dificultades, el contrato cobra preponderancia y las partes deben atenerse a lo que fielmente expresa su texto. Por ello, como al empezar el camino no se sabe aún cómo va a resultar la relación, es necesario tener bien claro qué pautas tiene el contrato y sobre qué base se quiere negociar. Entonces la actuación del abogado que se contrate requiere vital importancia, así como la actuación de la agencia."

Una vez celebrado el contrato las partes se comprometen a cumplirlo al pie de la letra, para que no haya problemas en el transcurso de la gestación, ya que si la gestante crea un lazo afectivo con el niño, se arrepiente y no quiere entregar a la criatura habría un contrato que la obligase, así como los contratantes, si a mitad de la gestación no quieren al niño, por cualquier motivo, no podrían desligarse del pues jurídicamente es su hijo.

2.1.3.5. REQUISITOS PARA EL CONTRATO

Considero que después de lo investigado, si se regularía esta práctica los requisitos para poder celebrar el contrato deben estar claro.

Propuestas:

Los contratantes pueden ser una pareja casada o en todo caso estable, pero también podrían hacerlo mujeres solteras (mayores de 18 años) que no pueden concebir y deseen tener un hijo, así como hombres (mayores de 18 años) que no deseen tener una mujer al lado pero si tengan el deseo de ser padres.

Muchos podrían cuestionar que las personas solteras, y en especial los hombres puedan acceder a esta práctica, por considerar que los niños deben crecer en una familia constituida y que si falta uno de los padres no tendrán la imagen de éste y pueden distorsionar la realidad, pero pensar así sería estar apuntando con el dedo a las mujeres que por motivos de fuerza mayor tienen que criar a sus hijos solas, o a los padres viudos o que fueron abandonados por la madre de sus hijos, y aún sería peor porque estaríamos diciendo que los niños criados en este tipo de familias no han sido criados en una familia "tradicional" y por eso son diferentes; y si estos niños son diferente qué tan diferentes son los niños huérfanos que no han tenido ni un padre ni una madre? Todos los niños son iguales y si son deseados merecen venir al mundo.

La portadora tendría que ser mayor de 18 años y soltera, este requisito es necesario porque aunque haya un contrato puede haber una falsa filiación del niño con el esposo de la gestante por la "presunción de paternidad: El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido," este sería el motivo justificante para exigir que la futura gestante sea soltera. (CODIGO CIVIL PERUANO, 1984)

La futura gestante también tiene que estar en condiciones de salud óptimas para poder llevar un buen embarazo a término.

"Los futuros padres también pueden requerir algunas condiciones especiales. Algunos futuros padres le piden a la portadora que amamante al bebé durante 48 horas, o entregue los primeros flujos de leche para serle dado al bebé en biberón. También se puede estipular en el contrato quienes pueden participar presencialmente el momento del parto.

Todas las cuestiones relativas al contrato deben pactarse entre las partes con asistencia legal y con buen consejo de la agencia."

2.1.4. LA REGULACIÓN LEGAL EN EL PERÚ

En el Perú, al igual que en la Argentina, no hay aún una ley de reproducción asistida. Sin embargo, existen numerosos centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad y se rigen básicamente mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y el enfoque de prácticas problemáticas. Se atiende a parejas casadas, unidas de hecho o a mujeres solas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen tanto la posibilidad de acudir a la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio y la crioconservación de embriones. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho. El acceso a los tratamientos contra la infertilidad ha sido considerado dentro de los derechos reproductivos y, lógicamente, del derecho a la salud, a beneficiarse de los adelantos de la tecnología y al proyecto de vida.

2.1.5. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone: "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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos" (artículo 7).

En general, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias) y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos. Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga, pero el artículo pone como condición que coincidan 'la madre genética y la madre gestante'. Es esta la frase de la discordia. Sobre ello podríamos señalar:

La norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación. El último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de la FIV; si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación la hubiera establecido aquí.

Las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas. Lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que 'aquello no está prohibido, está permitido'.

Podría considerarse una exhortación del legislador, más no una exigencia.

Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género, sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20%. Mientras que con óvulos de donante este alcanza hasta 70%; con lo cual, prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad cuando la dificultad resida en la mujer. (BRAVIO, 2010)

Lo que en un momento podía encontrar algún justificativo en las dificultades técnicas de la crioconservación de ovocitos, al haber sido estas superadas mediante la vitrificación y la crioconservación de tejido ovárico, pierde legitimidad.

Si lo que se pretende evitar son los conflictos en torno a la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.

Esta disposición no impide la maternidad subrogada, ya que puede coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro, la determinación de la maternidad por el parto. De prohibirse la ovodonación, también se impediría la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos y que permitan la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando la generación de nuevos embriones supernumerarios.

Prueba de los defectos de esta norma es el requerimiento del consentimiento expreso de 'los padres biológicos', ya que al admitir la donación de esperma (siendo el varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced a una técnica legislativa errónea, resultando conflictiva e inadecuada su aplicación literal.

2.1.6. LEGISLACIÓN COMPARADA

ESTADOS UNIDOS.

Algunos de los diversos estados que componen la unión han manifestado, la tipificación como delito de la entrega de dinero u otros bienes a cambio de la adopción de menores. Fundamentándose en una ley de este tenor, un Tribunal de Michigan se expidió, en el caso "Doe versus Kelly", negando el cumplimiento de la prestación pecuniaria reclamada por la

madre gestante en calidad de contraprestación por el alquiler de su vientre, con excepción de los gastos originados por ello. También con base sobre esta premisa y en una ley específica que veda el consentimiento anticipado para conceder la adopción antes de que se produzca el nacimiento, el Procurador General de Kentucky consideró, en 1981, como ilegales los contratos de maternidad sustituta.

En el resonado caso de "Baby M", ocurrido en 1988, El Tribunal Supremo del Estado, actuante en segunda instancia, declaró la nulidad contractual por considerarlo infrigente de la legislación y política pública estatal, en virtud del lucro emanado del mismo. Asimismo, manifestó la nulidad de la renuncia a todo derecho y responsabilidad sobre la niña, porque la misma que concluye con los derechos materno-filiales se halla instaurada dentro de los cánones del interés público y solo puede ser otorgada cuando se verifica el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, lo que no había ocurrido en el caso en estudio.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA.

El informe Warnock, se expidió recomendando aprobar una legislación que declare ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como madres suplentes o realicen este tipo de contratos. En 1985 se aprobó la Surrogacy Arrangements Act para el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de maternidad subrogada.

FRANCIA

El "Comité National d' Ethique" ha rechazado esta práctica médica, recomendando que en la legislación en vigencia no se de cabida a la

misma (28). Tal afirmación descansa en la creencia de que legalizar la maternidad subrogada 28 contiene en potencia una inseguridad para el niño, para los padres, para la portadora y para todos los que en ella toman parte.

SUECIA

Una ley de 1985 prohíbe la práctica de maternidad subrogada en la cual existe retribuciones impide a la mujer contratante poder adoptar al hijo dado a luz por la gestante.

AUSTRALIA

La legislación acerca de esta materia pertenece al Estado de Victoria, el cual reputa como nulo esta clase de contrato y sanciona penalmente a quien da o recibe pago por ayudar a que se realice un acuerdo de este tenor o efectúa el mismo.

De igual modo, la legislación sobre concepción artificial del Estado de Nueva Gales del Sur, si bien no se expide directamente, dificulta la práctica de la maternidad por sustitución al señalar que los donantes de esperma no tienen ningún derecho sobre los niños nacidos por inseminación artificial.

ALEMANIA

El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización In Vitro. Es interesante resaltar la importancia que, para este informe, presenta en el desarrollo del niño la íntima relación personal entre la embarazada y el nasciturus. En este

sentido, según lo explican J.M. Martínez y Pereda Rodríguez, se plantea la circunstancia de que la madre gestante dispuesta por motivos económicos a llevar en su vientre un hijo fecundado extra corporalmente para otro, no se adapte a una forma de vida de abstinencia de alcohol y nicotina, como lo haría una mujer que pretendiera quedarse con su hijo. También podría ocurrir que naciera una criatura con defectos físicos o mentales y que ninguna de los contratantes quisiera hacerse cargo de ella.

En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1991.

ESPAÑA.

En la madre patria rige, al respecto, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente.

BRASIL.

En el país hermano, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos

casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica.

CAPITULO III

DESCRIPCION DE LA REALIDAD

3.1. RESPECTO A LAS “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”.

3.1.1. Resultados de los operadores del derecho respecto a los planteamientos teóricos con referencia a las “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”

Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, teniendo en cuenta que la Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que “la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre.

TABLA N° 01:

Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existe explotación a la mujer	7	35.00%
No existe explotación a la mujer	13	65.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a jueces, fiscales y especialistas del derecho.

Figura Nª 01



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de los operadores del derecho acerca de que si considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer., se tiene que el 35% **No existe explotación de la mujer**, mientras que el 65% **No existe explotación de la mujer**.

Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida

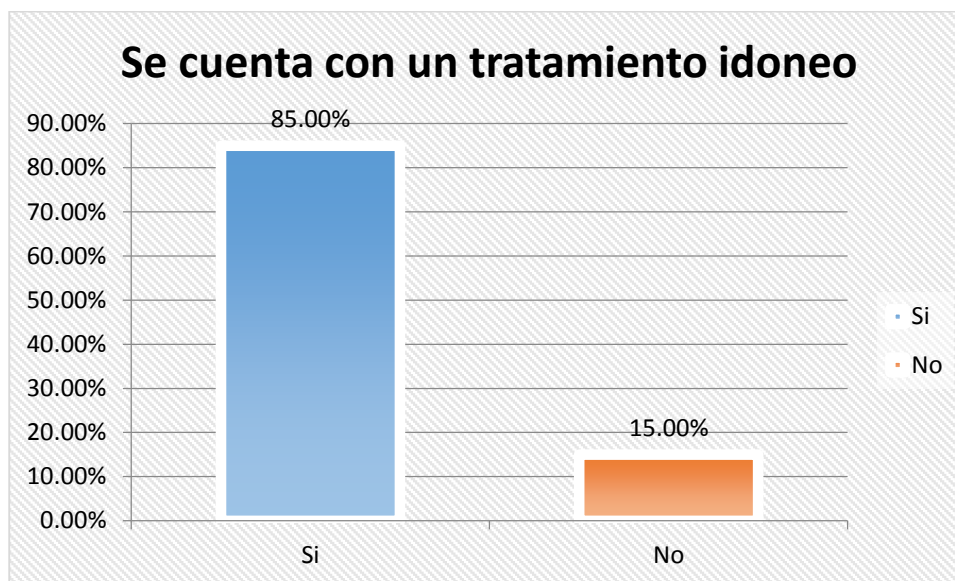
TABLA N° 02

Opinión de los operadores del derecho si considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85.00%
No	3	15.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a jueces, fiscales y especialistas del derecho.

Figura N° 02



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de los operadores del derecho si considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida, se tiene que el 85% considera **Si**, por otro lado el 15% a **No**.

3.1.2. Resultados de los operadores del derecho respecto a las Normas con referencia DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”

Qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada teniendo en cuenta que dentro del ámbito de la maternidad subrogada, en los casos que nuestro ordenamiento jurídico aceptara este tipo de prácticas y validara los contratos, estos tendrían que ser claros y favorecer a las dos partes, la portadora no podrá abusar del deseo de la pareja o la mujer de ser padres o madre para cobrar un precio excesivo, así como la pareja o la mujer contratante no podrá abusar de la necesidad económica de la futura portadora si es que la tuviese, y pagarle una cantidad ínfima.

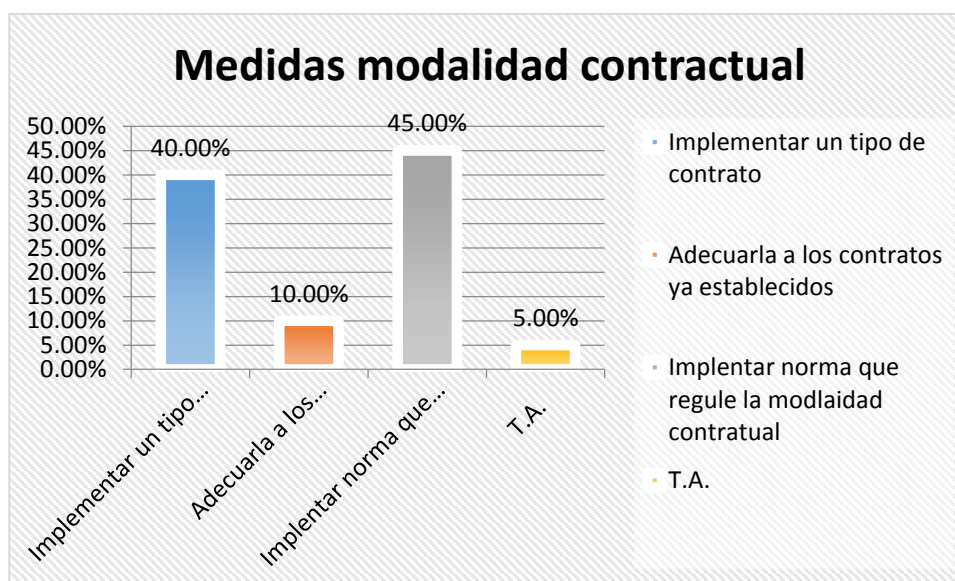
TABLA N° 03

Opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Implementar un tipo de contrato	8	40.00%
Adecuarla a los contratos ya establecidos	2	10.00%
Implementar norma que regule la modalidad contractual	9	45.00%
T.A.	1	5.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a jueces, fiscales y especialistas del derecho.

Figura N° 03



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de los operadores del derecho opinión de los operadores del derecho si Considera usted el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida, se tiene que el 40% considera **Implementación de un tipo de contrato**, mientras que el 10% **Adecuarla a los contratos ya establecidos**, por otro lado el 45% a **Implementar norma que regule la modalidad contractual**, y de igual manera el 5% refiere que **T.A.**.

Considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú, teniendo en cuenta que la Ley General de Salud - Ley N° 26842, en su artículo 7º, interpretado en sentido contrario, lo prohíbe desde que permite la reproducción asistida, siempre que la madre genética y gestante sea la misma. "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos

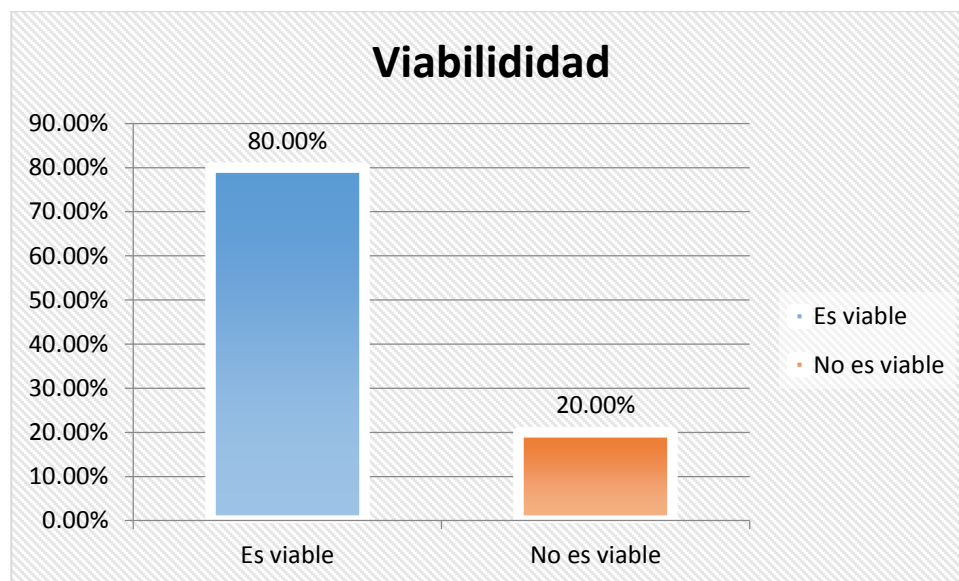
TABLA N° 04

Opinión de los operadores del derecho si considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es viable	16	80.00%
No es viable	4	20.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a jueces, fiscales y especialista del derecho.

Figura N° 04



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de los operadores del derecho si es que considera usted viable proponer una nueva norma que regule dicha problemática, se tiene que el 80% considera **Es viable**, mientras que el 20% **No es viable**.

En relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos

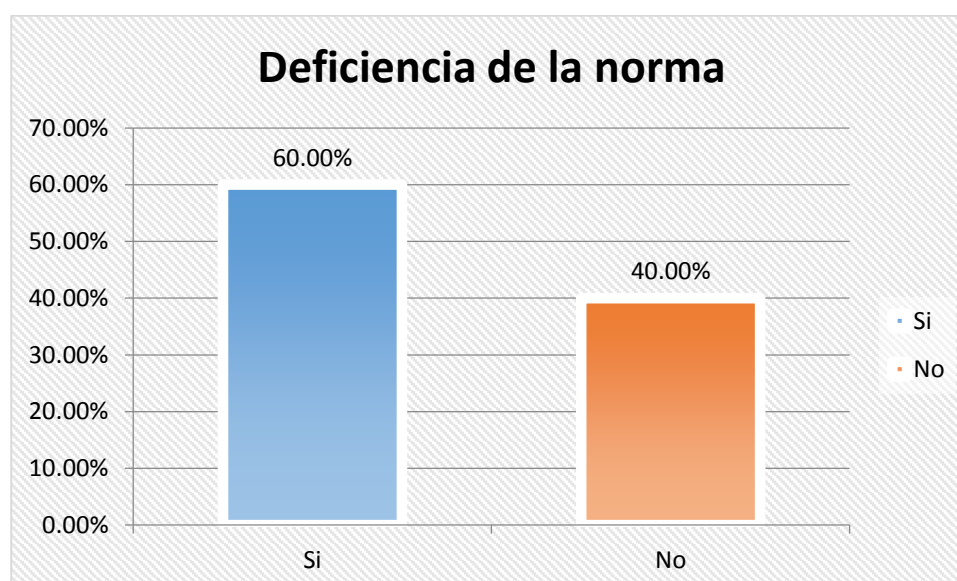
TABLA N° 05

Opinión de los operadores del derecho si en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	12	60.00%
No	8	40.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a jueces, fiscales y especialistas del derecho.

Figura Nª 05



Descripción: Opinión de los operadores del derecho si dicha norma debería modificarse en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación., se tiene que el 60% considera **Si**, mientras que el 40% **No**.

3.1.3. Resultados de los operadores del derecho respecto a la legislación comparada con referencia a las “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”

Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico. Como por ejemplo en España rige la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente.

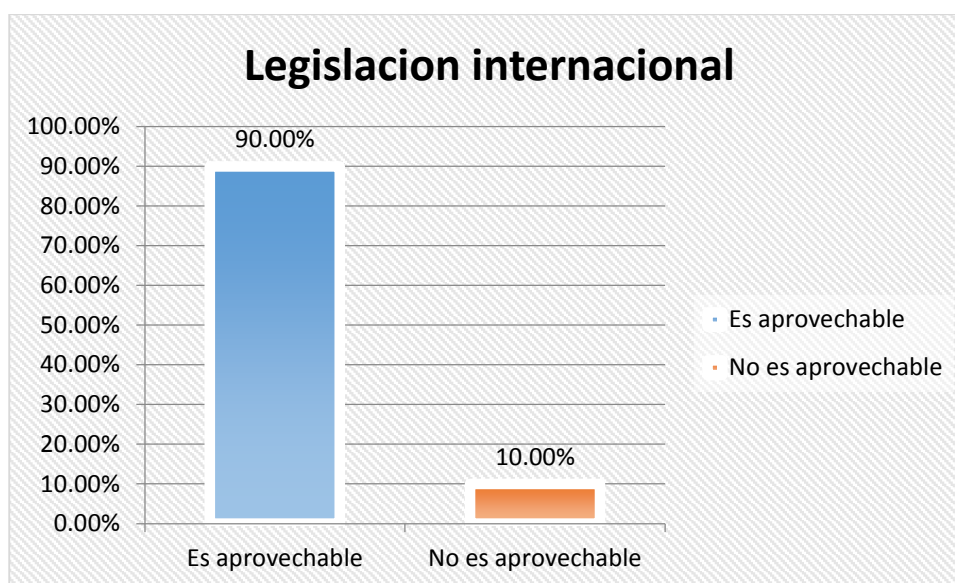
TABLA N° 06

Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	18	90.00%
No es aprovechable	2	10.00%
TOTAL	20	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a jueces, fiscales y especialistas del derecho.

Figura N° 06



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, se tiene que el 90% considera **es aprovechable**, mientras que el 10% **No es aprovechable**.

3.2. SITUACION ACTUAL DE LA COMUNIDAD JURIDICA RESPECTO A LAS “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”.

3.2.1. Resultados de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos con referencia a las “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”

Considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar, teniendo en cuenta que el desarrollo de la presente investigación tiene como base teórica los postulados de diversos juristas nacionales y extranjeros, tales como Alma

Arámbula, Diógenes Jiménez, Ana Araujo, entre otros. Dichos autores han expuesto que, actualmente, las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de procreación asistida, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda realizarse sin la participación biológico – genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja. Sin embargo también encontramos la posición de Krimmel el cual ha publicado sus objeciones morales con respecto a este tema, las cuales se basan en que la maternidad es un proceso natural, por lo que al incorporar otras variables se desnaturaliza este proceso tornándose moralmente inaceptable.

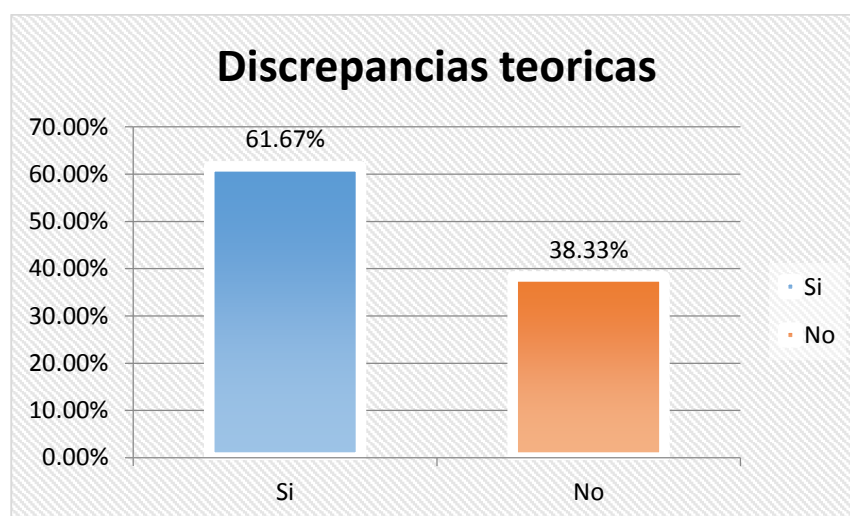
TABLA N° 07:

Opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	61.67%
No	23	38.33%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a Abogados.

Figura Nª 07



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre la opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar, se tiene que el 61.67% **Si**, mientras que el 38.33% **No**.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas. Haciendo referencia a Krimmel, el cual estableció que este escenario ha dado lugar a rechazo por parte de movimientos feministas, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo esta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer, ya que es posible que exista un abuso de las situaciones socioeconómicas que puedan estar atravesando, en ese caso la decisión no es libre sino que está motivada por ejemplo por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema vulnerabilidad y pobreza, algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir hijos.

TABLA N° 08

Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si es posible	42	70.00%
No es posible	18	30.00%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a Abogados.

Figura N° 08



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, se tiene que el 70% considera **Si es posible**, mientras que el 30% **No es posible**.

3.2.2. Resultados de la comunidad jurídica respecto a las Normas con referencia A LAS “DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”.

Considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales, teniendo en cuenta que el precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas solo a personas que tengan suficientes recursos económicos. Además, la mujer prestadora del útero puede tener graves consecuencias para su salud, ya que los medicamentos que se inyectan en la fecundación in vitro, pueden crear algún tipo de anafilaxia, y el uso de medicamentos inductores de la ovulación puede provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica. Incluso diversos autores han relacionado el uso de los medicamentos con cáncer de ovario.

TABLA N° 09

Opinión de los operadores del derecho si considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Se vulneran derechos constitucionales	51	85.00%
No se vulneran derechos constitucionales	9	15.00%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a Abogados.

Figura N° 09



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre la opinión de la comunidad jurídica se considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales, se tiene que el 85% considera **Se vulneran derechos constitucionales**, mientras que el 15% **No se vulneran derechos constitucionales**.

Que derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le

pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer. Ante ello si existiera alguna violación de derechos constitucionalmente establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, en función a la maternidad subrogada.

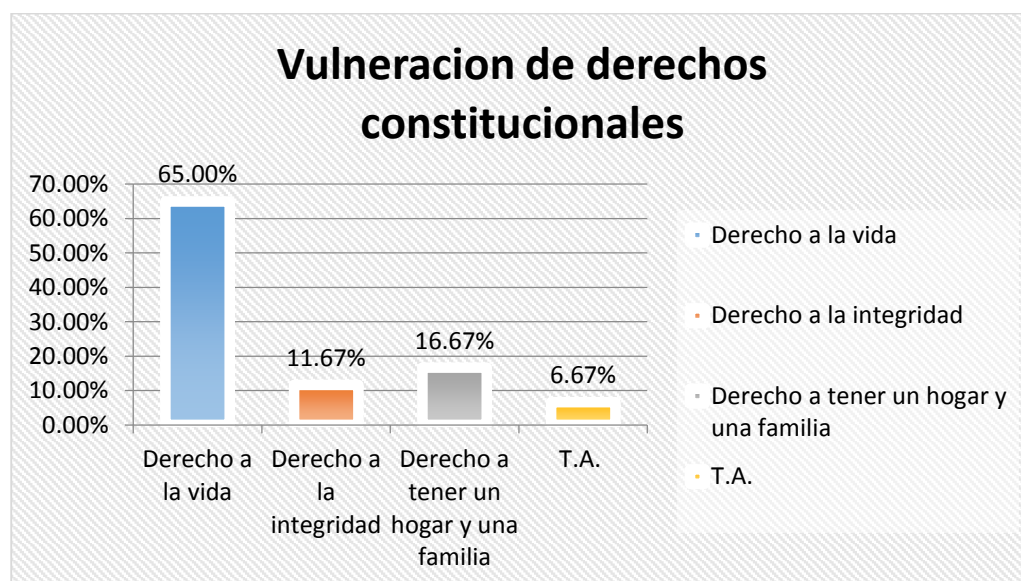
TABLA N° 10

Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Derecho a la vida	39	65.00%
Derecho a la integridad	7	11.67%
Derecho a tener un hogar y una familia	10	16.67%
T.A.	4	6.67%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a Abogados.

Figura N° 10



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, se tiene que el 65% considera **Derecho a la vida**, mientras que el 11.67% **Derecho a la integridad**, por otro lado el 16.67% a **Derecho a tener un hogar y una familia**, y de igual manera el 6.67% refiere que **T.A.**

Es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, teniendo en cuenta que en relación al tema contractual dentro de la maternidad subrogada, se hace de referencia que en nuestro país se hiciera un contrato de esta naturaleza, sería totalmente inválido, pues si bien no está expresamente prohibido, la Ley General de Salud - Ley Nº 26842, en su artículo 7º, interpretado en sentido contrario, lo prohíbe desde que permite la reproducción asistida, siempre que la madre genética y gestante sea la misma. Por otro lado la Ley General de Salud en su "Artículo 7 define 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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos."

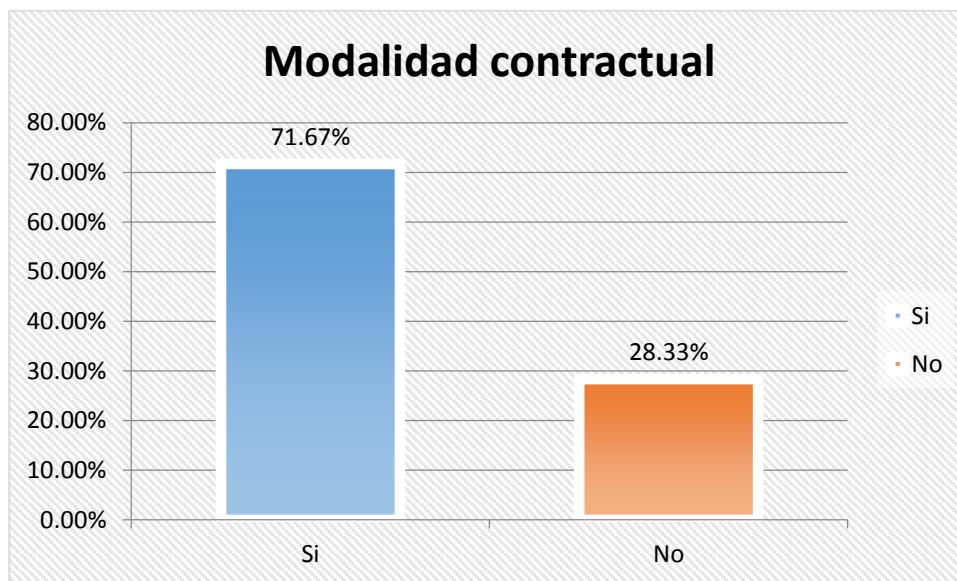
TABLA N° 11

Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	43	71.67%
No	17	28.33%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Cuestionario realizado a Abogados.

Figura Nª 11



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, sobre Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, se tiene que el 71.67% considera **Si**, mientras que el 28.33% **No**.

3.2.3. Resultados de la comunidad jurídica respecto a la Legislación comparada Normas con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, tomando como referencia Brasil, en el cual no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad.

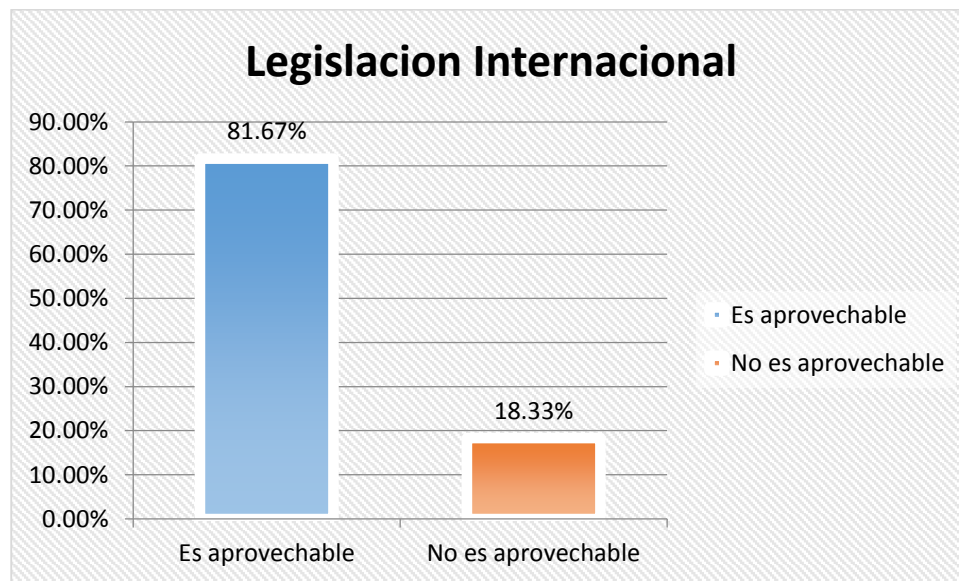
TABLA N° 12

Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada.

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	49	81.67%
No es aprovechable	11	18.33%
TOTAL	60	100.00%

Fuente: Encuesta realizada a Abogados.

Figura N° 12



Descripción: De acuerdo a los datos obtenidos, Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, tomando como referencia Brasil, se tiene que el 81.67% considera **Es aprovechable**, mientras que el 18.33% **No es aprovechable**.

CAPITULO IV
ANALISIS DE LA REALIDAD

4.1. ANALISIS DE LA SITUACION ACTUAL DE LOS OPERADORES DEL DERECHO RESPECTO A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

4.1.1. Análisis de los Resultados de los operadores del derecho respecto a los planteamientos teóricos con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Análisis de la Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer.

Los informantes consideran que según la figura N° 01, sobre la Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, priorizando a que “No existe explotación a la mujer”, con el 65%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, a que el 35% Existe explotación a la mujer, equivalente a 07 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia Teórica**”.

Tabla N° 13

Existe explotación a la mujer

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existe explotación a la mujer	7	35.00%
No existe explotación a la mujer	13	65.00%
TOTAL	20	100.00%

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, priorizando a que “No existe explotación a la mujer”, con el 65%, que equivale a un total de 13 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Análisis de la opinión de los operadores del derecho si Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida

Los informantes consideran que la figura N° 02, sobre la opinión de los operadores del derecho si Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida, priorizando a Si, con el 85%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, a que el 15% dice **No**, equivalente a 03 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia Teórica**”.

Tabla N° 14

Se cuenta con un tratamiento idóneo

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85.00%
No	3	15.00%
TOTAL	20	100.00%

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la opinión de los operadores del derecho si Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida, priorizando a Si, con el 85%, que equivale a un total de 17 respuestas contestadas, que calificamos como **“positivo”** y lo interpretamos como **“logros”**.

4.1.2. Análisis de los Resultados de los operadores del derecho respecto a las Normas con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Análisis sobre la opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada

Los informantes consideran que la figura N° 03, sobre la opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, priorizando con “Implementar norma que regule la modalidad contractual”, con el 45%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, se tiene que el 40% considera **Implementación de un tipo de contrato**, mientras que el 10% **Adecuarla a los contratos ya establecidos** y de igual manera el 5% refiere que **T.A.**, equivalente a 11 respuestas contestadas, lo calificamos como **“negativo”** y lo interpretamos como **“Empirismo Normativo”**.

Tabla N° 15

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Implementar un tipo de contrato	8	40.00%
Adecuarla a los contratos ya establecidos	2	10.00%
Implementar norma que regule la modalidad contractual	9	45.00%
T.A.	1	5.00%
TOTAL	20	100.00%

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, priorizando con “Implementar norma que regule la modalidad contractual”, con el 45%, equivalente a 09 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Análisis de la Opinión de los operadores del derecho si considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú.

Los informantes consideran que la figura N° 04, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú, priorizando a “Es viable” con el 80%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, el 20% **No es viable**, equivalente a 04 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismo Normativo**”.

Tabla N° 16

Viabilidad

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es viable	16	80.00%
No es viable	4	20.00%
TOTAL	20	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú, priorizando a “Es viable” con el 80%, equivalente a 16 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Análisis de la Opinión de los operadores del derecho si en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente

Los informantes consideran que la figura N° 05, sobre la Opinión de los operadores del derecho si en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente priorizando a “Si”, con el 60%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, que el 40% **No**, que equivalen 08 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismo normativo**”.

Tabla N° 17

Deficiencia de la norma

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	12	60.00%
No	8	40.00%
TOTAL	20	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho si en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente priorizando a “Si”, con el 60%, equivalente a 12 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

4.1.3. Análisis de los Resultados de los operadores del derecho respecto a la Legislación Comparada con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Análisis de la Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico.

Los informantes consideran que la figura N° 06, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la

maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, priorizando a “Es aprovechable”, con el 95%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, que el 10% **No es aprovechable**, que equivalen 02 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancias teóricas**”.

Tabla N° 18

Legislación internacional

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	18	90.00%
No es aprovechable	2	10.00%
TOTAL	20	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, priorizando a “Es aprovechable”, con el 95%, equivalente a 18 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

4.2. ANALISIS DE LA SITUACION ACTUAL DE LA COMUNIDAD JURIDICA RESPECTO A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

4.2.1. Análisis de los Resultados de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Análisis de la Opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar.

Los informantes consideran que la figura N° 07, sobre la Opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar, priorizando “Si”, con el 61.67%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, con el 38.33% **No**, que equivalen 23 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia teórica**”.

Tabla N° 19
Discrepancias teóricas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	61.67%
No	23	38.33%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar, priorizando “Si”, con el 61.67%, equivalente a 37 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Análisis de la Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas.

Los informantes consideran que la figura N° 08, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, priorizando “Si es posible”, con el 70.00%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, el 30.00% **No es posible**, que equivalen 18 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia teórica**”.

Tabla N° 20
Posiciones asertivas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si es posible	42	70.00%
No es posible	18	30.00%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, priorizando “Si es posible”, con el 70.00%, equivalente a 18 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

4.2.2. Análisis de los Resultados de la comunidad jurídica respecto a las Normas con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Análisis de la Opinión de los operadores del derecho si considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales.

Los informantes consideran que la figura N° 09, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales, priorizando “Se vulneran derechos constitucionales”, con el 85.00%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 15% “No se vulneran derechos constitucionales”, que equivalen 09 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismos normativos**”.

Tabla N° 21

Vulneración de derechos

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Se vulneran derechos constitucionales	51	85.00%
No se vulneran derechos constitucionales	9	15.00%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales, priorizando “Se vulneran derechos constitucionales”, con el 85.00%, equivalente a 51 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Análisis de la Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer.

Los informantes consideran que la figura N° 10, sobre la Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, priorizando “Derecho a la vida”, con el 65.00%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 11.67% **Derecho a la integridad**, por otro lado el 16.67% a **Derecho a tener un hogar y una familia**, y de igual manera el 6.67% refiere que **T.A.**, que equivalen 21 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismos normativos**”.

Tabla N° 22

Vulneración de derechos constitucionales

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Derecho a la vida	39	65.00%
Derecho a la integridad	7	11.67%
Derecho a tener un hogar y una familia	10	16.67%
T.A.	4	6.67%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, priorizando “Derecho a la vida”, con el 65.00%, equivalente a 39 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Análisis de la Opinión de la comunidad jurídica si es necesaria la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada.

Los informantes consideran que la figura N° 11, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Si”, con el 71.67%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 28.33% **No**, que equivalen 17 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**empirismos normativos**”.

Tabla N° 23

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	43	71.67%
No	17	28.33%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Si”, con el 71.67%, equivalente a 43 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

4.2.3. Análisis de los Análisis de los resultados de la comunidad jurídica respecto a la Legislación Comparada con referencia A LAS DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015.

Análisis de la Opinión de la comunidad jurídica si es necesaria la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada.

Los informantes consideran que la figura N° 11, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Es aprovechable”, con el 81.67%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 18.33% **No es aprovechable**, que equivalen 11 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancias Teórica**”

Tabla N° 24

Legislación internacional

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	49	81.67%
No es aprovechable	11	18.33%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Es aprovechable”, con el 81.67%, equivalente a 49 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

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. Discrepancias teóricas.

80% Discrepancias teóricas de los operadores del derecho respecto a los planteamientos teóricos

Los informantes consideran que según la figura N° 01, sobre la Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, priorizando a que “No existe explotación a la mujer”, con el 65%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, a que el 35% Existe explotación a la mujer, equivalente a 07 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia Teórica**”.

Tabla N° 25

Existe explotación a la mujer

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existe explotación a la mujer	7	35.00%
No existe explotación a la mujer	13	65.00%
TOTAL	20	100.00%

Los informantes consideran que la figura N° 02, sobre la opinión de los operadores del derecho si Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida, priorizando a Si, con el 85%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, a que el 15% dice **No**, equivalente a 03 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia Teórica**”.

Tabla N° 26

Se cuenta con un tratamiento idóneo

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85.00%
No	3	15.00%
TOTAL	20	100.00%

10% Discrepancias teóricas de los operadores del derecho respecto a la legislación comparada

Los informantes consideran que la figura N° 06, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, priorizando a “Es aprovechable”, con el 95%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, que el 10% **No es aprovechable**, que equivalen 02 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancias teóricas**”.

Tabla N° 27

Legislación internacional

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	18	90.00%
No es aprovechable	2	10.00%
TOTAL	20	100.00%

68.33% Discrepancias de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos

Los informantes consideran que la figura N° 07, sobre la Opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar, priorizando “Si”, con el 61.67%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, con el 38.33% **No**, que equivalen 23 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia teórica**”.

Tabla N° 28
Discrepancias teóricas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	61.67%
No	23	38.33%
TOTAL	60	100.00%

Los informantes consideran que la figura N° 08, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, priorizando “Si es posible”, con el 70.00%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, el 30.00% **No es posible**, que equivalen 18 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia teórica**”.

Tabla N° 29
Posiciones asertivas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si es posible	42	70.00%
No es posible	18	30.00%
TOTAL	60	100.00%

18.33% Discrepancias de la comunidad jurídica respecto a la legislación comparada

Los informantes consideran que la figura N° 11, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Es aprovechable”, con el 81.67%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 18.33% **No es aprovechable**, que equivalen 11 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancias Teórica**”

Tabla N° 30
Legislación internacional

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	49	81.67%
No es aprovechable	11	18.33%
TOTAL	60	100.00%

5.1.1.2. EMPIRISMO NORMATIVO

75% empirismo normativo de los resultados de los operadores del derecho respecto a normas

Los informantes consideran que la figura N° 03, sobre la opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, priorizando con “Implementar norma que regule la modalidad contractual”, con el 45%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, se tiene que el 40% considera **Implementación de un tipo de contrato**, mientras que el 10% **Adecuarla a los contratos ya establecidos** y de igual manera el 5% refiere que **T.A.**, equivalente a 11 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismo Normativo**”.

Tabla N° 31

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Implementar un tipo de contrato	8	40.00%
Adecuarla a los contratos ya establecidos	2	10.00%
Implementar norma que regule la modalidad contractual	9	45.00%
T.A.	1	5.00%
TOTAL	20	100.00%

Los informantes consideran que la figura N° 04, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú, priorizando a “Es viable” con el 80%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, el 20% **No es viable**, equivalente a 04 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismo Normativo**”.

Tabla N° 32

Viabilidad

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es viable	16	80.00%
No es viable	4	20.00%
TOTAL	20	100.00%

Los informantes consideran que la figura N° 05, sobre la Opinión de los operadores del derecho si en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente priorizando a “Si”, con el 60%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, que el 40% **No**, que equivalen 08 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismo normativo**”.

Tabla N° 33

Deficiencia de la norma

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	12	60.00%
No	8	40.00%
TOTAL	20	100.00%

78.33% empirismo normativo de la comunidad jurídica respecto a normas

Los informantes consideran que la figura N° 09, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales, priorizando “Se vulneran derechos constitucionales”, con el 85.00%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 15% “No se vulneran derechos constitucionales”, que equivalen 09 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismos normativos**”.

Tabla N° 34
Vulneración de derechos

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Se vulneran derechos constitucionales	51	85.00%
No se vulneran derechos constitucionales	9	15.00%
TOTAL	60	100.00%

Los informantes consideran que la figura N° 10, sobre la Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, priorizando “Derecho a la vida”, con el 65.00%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 11.67% **Derecho a la integridad**, por otro lado el 16.67% a **Derecho a tener un hogar y una familia**, y de igual manera el 6.67% refiere que **T.A.**, que equivalen 21 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismos normativos**”.

Tabla N° 35**Vulneración de derechos constitucionales**

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Derecho a la vida	39	65.00%
Derecho a la integridad	7	11.67%
Derecho a tener un hogar y una familia	10	16.67%
T.A.	4	6.67%
TOTAL	60	100.00%

Los informantes consideran que la figura N° 11, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Si”, con el 71.67%.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 28.33% **No**, que equivalen 17 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**empirismos normativos**”.

Tabla N° 36**Modalidad contractual**

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	43	71.67%
No	17	28.33%
TOTAL	60	100.00%

5.1.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis respecto a los logros como complemento a las partes o variables del problema.

5.1.1.1. Logros

85% de los logros de los operadores del derecho respecto a los planteamientos teóricos

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, priorizando a que “No existe explotación a la mujer”, con el 65%, que equivale a un total de 13 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 37

Existe explotación a la mujer

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existe explotación a la mujer	7	35.00%
No existe explotación a la mujer	13	65.00%
TOTAL	20	100.00%

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la opinión de los operadores del derecho si Considera usted que el ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida, priorizando a Si, con el 85%, que equivale a un total de 17 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 38

Se cuenta con un tratamiento idóneo

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	17	85.00%
No	3	15.00%
TOTAL	20	100.00%

80% de los logros de los operadores del derecho respecto a normas

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, priorizando con “Implementar norma que regule la modalidad contractual”, con el 45%, equivalente a 09 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

Tabla N° 39

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Implementar un tipo de contrato	8	40.00%
Adecuarla a los contratos ya establecidos	2	10.00%
Implementar norma que regule la modalidad contractual	9	45.00%
T.A.	1	5.00%
TOTAL	20	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera usted viable proponer una nueva norma que regule el problema de la maternidad subrogada en el Perú, priorizando a “Es viable” con el 80%, equivalente a 16 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

Tabla N° 40

Viabilidad

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es viable	16	80.00%
No es viable	4	20.00%
TOTAL	20	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho si en relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente priorizando a “Si”, con el 60%, equivalente a 12 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

Tabla N° 41

Deficiencia de la norma

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	12	60.00%
No	8	40.00%
TOTAL	20	100.00%

90% de los logro de los operadores del derecho respecto a la legislación comparada

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si Considera que la legislación internacional y supranacional es aprovechable para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico, priorizando a “Es aprovechable”, con el 95%, equivalente a 18 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

Tabla N° 42

Legislación internacional

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	18	90.00%
No es aprovechable	2	10.00%
TOTAL	20	100.00%

70% de los logro de la comunidad jurídica respecto a los planteamientos teóricos

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica acerca que si considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar, priorizando “Si”, con el 61.67%, equivalente a 37 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

Tabla N° 43

Discrepancias teóricas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	37	61.67%
No	23	38.33%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, priorizando “Si es posible”, con el 70.00%, equivalente a 18 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 44
Posiciones asertivas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si es posible	42	70.00%
No es posible	18	30.00%
TOTAL	60	100.00%

85% de los logros de la comunidad jurídica respecto a normas

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho si considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales, priorizando “Se vulneran derechos constitucionales”, con el 85.00%, equivalente a 51 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 45
Vulneración de derechos

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Se vulneran derechos constitucionales	51	85.00%
No se vulneran derechos constitucionales	9	15.00%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que

el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, priorizando “Derecho a la vida”, con el 65.00%, equivalente a 39 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 46

Vulneración de derechos constitucionales

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Derecho a la vida	39	65.00%
Derecho a la integridad	7	11.67%
Derecho a tener un hogar y una familia	10	16.67%
T.A.	4	6.67%
TOTAL	60	100.00%

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Si”, con el 71.67%, equivalente a 43 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 47

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si	43	71.67%
No	17	28.33%
TOTAL	60	100.00%

81.67% de los logros de la comunidad jurídica respecto a legislación comparada

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada, priorizando “Es aprovechable”, con el 81.67%, equivalente a 49 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”

Tabla N° 48
Legislación internacional

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Es aprovechable	49	81.67%
No es aprovechable	11	18.33%
TOTAL	60	100.00%

5.1.1. CONCLUSION PARCIAL 1

5.1.1.1. CONTRASTACION DE LA SUB HIPOTESIS “a”

En el capítulo I, planteamos la sub hipótesis “a”, mediante el siguiente enunciado:

Se evidencian discrepancias teóricas por parte de los operadores del derecho, en relación a los planteamientos teóricos existentes, los cuales viene siendo desarrollados y presentados de distintas maneras en función a la maternidad subrogada.

Fórmula : -X1; A1; -B1

Arreglo 1 : -X, A,-B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis que directamente se relacionan con ésta sub hipótesis “a”.

a) Discrepancia Teórica.

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, a que el 35% Existe explotación a la mujer, equivalente a 07 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia Teórica**”.

Tabla N° 49

Existe explotación a la mujer

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existe explotación a la mujer	7	35.00%
No existe explotación a la mujer	13	65.00%
TOTAL	20	100.00%

b) Logros.

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de los operadores del derecho acerca de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, priorizando a que “No existe explotación a la mujer”, con el 65%, que equivale a un total de 13 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 37

Existe explotación a la mujer

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Existe explotación a la mujer	7	35.00%
No existe explotación a la mujer	13	65.00%
TOTAL	20	100.00%

Resultados de la contrastación de la sub hipótesis “a”:

La sub hipótesis “a” se PRUEBA parcialmente en un 35% de DISCREPANCIAS TEORICAS; y simultáneamente se DISPRUEBA parcialmente, un 65%, en cuanto a LOGROS.

5.1.1.2. Enunciado de la conclusión parcial 1

El resultado de la contrastación de la sub hipótesis “a”, nos da base para formular la conclusión parcial 1, mediante el siguiente enunciado:

Los operadores del derecho en función de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, afirman que en un 35%, consecuentemente adolecían parcialmente de “Discrepancias Teóricas”.

5.1.2. Conclusión parcial 2

5.1.2.1. Contrastación de la Sub-Hipótesis “b”

En el capítulo I, planteamos la sub hipótesis “b”, mediante el siguiente enunciado:

Se evidencian discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, en relación a la normativa vigente, jurisprudencia que estipula precedentes distintos a la realidad, no existiendo una normatividad acorde a la necesidad del que lo requiere.

Fórmula : -X1; A1; -B1; B3

Arreglo 2 : -X, A,-B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis que directamente se relacionan con ésta sub hipótesis “b”.

a) Discrepancias Teóricas

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, el 30.00% **No es posible**, que equivalen 18 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Discrepancia teórica**”.

Tabla N° 51

Posiciones asertivas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si es posible	42	70.00%
No es posible	18	30.00%
TOTAL	60	100.00%

b) Logros.

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, priorizando “Si es posible”, con el 70.00%, equivalente a 18 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 52

Posiciones asertivas

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Si es posible	42	70.00%
No es posible	18	30.00%
TOTAL	60	100.00%

Resultados de la contrastación de la sub hipótesis “b”:

La sub hipótesis “b” se PRUEBA parcialmente, un 70% en cuanto a DISCREPANCIAS TEORICAS y simultáneamente se DISPRUEBA parcialmente, un 30% en cuanto a LOGROS.

5.1.2.2. Enunciado de la conclusión parcial 2

El resultado de la contrastación de la sub hipótesis “b”, nos da base para formular la conclusión parcial 2, mediante el siguiente enunciado:

La comunidad jurídica respecto a que si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, con el 70%, consecuentemente adolecían parcialmente de Discrepancias teóricas.

5.1.3. Conclusión parcial 3

5.1.3.1. Contrastación de la Sub-Hipótesis “c”

En el capítulo I planteamos la sub hipótesis “c”, mediante el siguiente enunciado:

Se evidencian empirismos normativos, por parte de los operadores del derecho teniendo en cuenta que existe vulneración de los planteamientos teóricos ya planteados por los juristas, por otro lado la norma jurídica está siendo objeto de abuso.

Fórmula : -X2; A1; -B1; B2

Arreglo 3 : -X, A,-B

a) Empirismo normativo

Mientras que las alternativas con menor prioridad, que resultan poco necesarias, se tiene que el 40% considera **Implementación de un tipo de contrato**, mientras que el 10% **Adecuarla a los contratos ya establecidos** y de igual manera el 5% refiere que **T.A.**, equivalente a 11 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismo Normativo**”.

Tabla N° 53

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Implementar un tipo de contrato	8	40.00%
Adecuarla a los contratos ya establecidos	2	10.00%
Implementar norma que regule la modalidad contractual	9	45.00%
T.A.	1	5.00%
TOTAL	20	100.00%

b) Logros.

Por lo que, de los porcentajes obtenidos, sobre la opinión de los operadores del derecho de qué medidas debe implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, priorizando con “Implementar norma que regule la modalidad contractual”, con el 45%, equivalente a 09 respuestas contestadas, que calificamos como “**positivo**” y lo interpretamos como “**logros**”.

Tabla N° 54

Modalidad contractual

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Implementar un tipo de contrato	8	40.00%
Adecuarla a los contratos ya establecidos	2	10.00%
Implementar norma que regule la modalidad contractual	9	45.00%
T.A.	1	5.00%
TOTAL	20	100.00%

Resultados de la contrastación de la sub hipótesis “c”:

La sub hipótesis “c” se PRUEBA parcialmente, un 55% de DISCORDANCIA NORMATIVA; y simultáneamente se DISPRUEBA parcialmente, un 45% de LOGROS.

5.1.3.2. 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:

Los operadores del derecho en función a la opinión respecto a qué medidas deben implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, refieren consecuentemente que el 45% adolecían parcialmente de Empirismos normativos.

5.1.4. Conclusión parcial 4

5.1.4.1. Contrastación de la Sub-Hipótesis “d”

En el capítulo I planteamos la sub hipótesis “c”, mediante el siguiente enunciado:

Se evidencian empirismos normativos, por parte de la comunidad jurídica teniendo en cuenta que existe vulneración de los planteamientos teóricos ya planteados por los juristas, por otro lado la norma jurídica está siendo objeto de abuso en función a la maternidad subrogada y la legislación comparada no está siendo tomada en cuenta.

Fórmula : -X2; A2; B1; B2; B3

Arreglo 4 : -X, A,-B

a) Empirismos normativos

Mientras que las alternativas con menor prioridad, resulta poco necesaria, que el 11.67% **Derecho a la integridad**, por otro lado el 16.67% a **Derecho a tener un hogar y una familia**, y de igual manera el 6.67% refiere que **T.A.**, que equivalen 21 respuestas contestadas, lo calificamos como “**negativo**” y lo interpretamos como “**Empirismos normativos**”.

Tabla N° 55

Vulneración de derechos constitucionales

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Derecho a la vida	39	65.00%
Derecho a la integridad	7	11.67%
Derecho a tener un hogar y una familia	10	16.67%
T.A.	4	6.67%
TOTAL	60	100.00%

b) Logros

Por los que los porcentajes obtenidos, sobre la Opinión de la comunidad jurídica sobre qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, priorizando “Derecho a la vida”, con el 65.00%, equivalente a 39 respuestas contestadas, que calificamos como “positivo” y lo interpretamos como “logros”.

Tabla N° 56

Vulneración de derechos constitucionales

Aprobación	Frecuencia	Porcentaje
Derecho a la vida	39	65.00%
Derecho a la integridad	7	11.67%
Derecho a tener un hogar y una familia	10	16.67%
T.A.	4	6.67%
TOTAL	60	100.00%

La sub hipótesis “c” se PRUEBA parcialmente, un 35% de DISCORDANCIA NORMATIVA; y simultáneamente se DISPRUEBA parcialmente, un 65% de LOGROS.

5.1.4.2. Enunciado de la conclusión parcial 4

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

La comunidad jurídica respecto a qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de

desligarse de la criatura al nacer, consecuentemente el 35% adolecían parcialmente de Empirismo normativo.

5.2. CONCLUSIÓN GENERAL

5.2.1. Contrastación de la Hipótesis Global.

Del capítulo I, planteamos la hipótesis global, mediante el siguiente enunciado.

Como ha venido siendo mencionado, nuestro ordenamiento jurídico necesita una regulación específica acerca de la maternidad subrogada para que se logre defender los intereses no sólo de estas madres sino, sobre todo, de los niños y sus derechos, que muchas veces se han visto vulnerados. Razón por la cual, con la propuesta modificatoria a nuestro actual Código Civil se busca sopesar esta realidad. Dicha propuesta contará con un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial para lograr determinar el mejor escenario jurídico para la defensa de estos derechos, que a la fecha no se encuentran reconocidos.

Teniendo en cuenta como premisas las conclusiones parciales 1, 2, 3, y 4; cuyos porcentajes de prueba son:

Tabla 57: Resultados finales analizados

CONCLUSION PARCIAL	PRUEBA	DISPRUEBA	TOTAL
Conclusión parcial 1	35	65	100
Conclusión parcial 2	70	30	100
Conclusión parcial 3	55	45	100
Conclusión parcial 4	35	65	100
PROMEDIOGLOBAL INTEGRADO	48.75	51.25	100

La hipótesis global se PRUEBA en 48.75% y se DISPRUEBA en 51.25%

5.2.2. Enunciado de la conclusión general.

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

- Conclusión Parcial 1:

Los operadores del derecho en función de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, afirman que en un 35%, consecuentemente adolecían parcialmente de “Discrepancias Teóricas”.

- Conclusión Parcial 2:

La comunidad jurídica respecto a que si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, con el 70%, consecuentemente adolecían parcialmente de Discrepancias teóricas.

- Conclusión Parcial 3:

Los operadores del derecho en función a la opinión respecto a qué medidas deben implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, refieren consecuentemente que el 45% adolecían parcialmente de Empirismos normativos.

- Conclusión Parcial 4:

La comunidad jurídica respecto a qué derechos se están vulnerando teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente)

para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer, consecuentemente el 35% adolecían parcialmente de Empirismo normativo.

5.2.3. Conclusión General

El resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado: Ante ello se puede definir la existencia de DISCREPANCIAS TEORICAS, teniendo en cuenta que la maternidad subrogada permite la necesidad de conocer los fundamentos teóricos – doctrinarios adecuados para regularla en el ordenamiento jurídico peruano; de esta manera, se busca calar en las autoridades del Estado para atender el problema de las personas que por motivos de esterilidad e infertilidad se ven obligadas a recurrir a la maternidad subrogada, para tener sus propios hijos. EMPIRISMOS NORMATIVOS, la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos, lo cual se evidencian con el 48.75% de PRUEBA y el 51.25% de DISPRUEBA.

CAPITULO VI

RECOMENDACIONES

6.1. RECOMENDACIONES PARCIALES

6.1.1. Recomendación parcial 1

6.1.1.1. Conclusión en la que se basa

Los operadores del derecho en función de que si Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer, afirman que en un 35%, consecuentemente adolecían parcialmente de “Discrepancias Teóricas”.

6.1.1.2. Enunciado de la recomendación parcial 1

Definir a la mujer la cual es el eje principal dentro de esta investigación teniendo en cuenta que esta forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz.

6.1.2. Recomendación parcial 2

6.1.2.1. Conclusión en la que se basa

La comunidad jurídica respecto a que si teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas, con el 70%, consecuentemente adolecían parcialmente de Discrepancias teóricas.

6.1.2.2. Enunciado de la recomendación parcial 2

Delimitar las bases teóricas de los postulados de diversos juristas nacionales y extranjeros, teniendo en cuenta que desarrollen las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de procreación asistida, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer.

6.1.3. Recomendación parcial 3

6.1.3.1. Conclusión en la que se basa

Los operadores del derecho en función a la opinión respecto a qué medidas deben implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, refieren consecuentemente que el 45% adolecían parcialmente de Empirismos normativos.

6.1.3.2. Enunciado de la recomendación parcial 3

Implementar el tema contractual dentro del ámbito de la maternidad subrogada, en los casos que nuestro ordenamiento jurídico aceptara este tipo de prácticas y validara los contratos, estos tendrían que ser claros y favorecer a las dos partes

6.1.4. Recomendación parcial 4

6.1.4.1. Conclusión en la que se basa

Los operadores del derecho en función a la opinión respecto a qué medidas deben implementar el estado para regular la modalidad contractual de la maternidad subrogada, refieren consecuentemente que el 45% adolecían parcialmente de Empirismos normativos.

6.1.4.2. Enunciado de la recomendación parcial 4

Es importante entender que el precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas solo a personas que tengan suficientes recursos económicos. Además, la mujer prestadora del útero puede tener graves consecuencias para su salud

6.2. RECOMENDACIÓN GENERAL

6.2.1. Consideraciones Previas.

El resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado:

El resultado de la contrastación de la Hipótesis Global nos da base o fundamento para formular la Conclusión General mediante el siguiente enunciado: Ante ello se puede definir la existencia de DISCREPANCIAS TEORICAS, teniendo en cuenta que la maternidad subrogada permite la necesidad de conocer los fundamentos teóricos – doctrinarios adecuados para regularla en el ordenamiento jurídico peruano; de esta manera, se busca calar en las autoridades del Estado para atender el problema de las personas que por motivos de esterilidad e infertilidad se ven obligadas a recurrir a la maternidad subrogada, para tener sus propios hijos. EMPIRISMOS NORMATIVOS, la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos, lo cual se evidencian con el 48.75% de PRUEBA y el 51.25% de DISPRUEBA.

6.2.2. Enunciado de la Recomendación General.

Considero que la modificación del artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú de 1993, argumentando que debemos recurrir a la doctrina y a la Legislación Comparada que coadyuve a la solución del problema planteado.

6.3. PROPUESTA LEGISLATIVA

TÍTULO DEL PROYECTO DE LEY: LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 7 DE LA LEY N° 26842 – LEY GENERAL DE SALUD.

IDENTIDAD DE LAS AUTORAS

Las autoras que suscriben,

.....,

estudiantes de la escuela de derecho de la universidad señor de Sipán Chiclayo, en ejercicio del derecho de iniciativa Legislativa que nos confiere el artículo 107 de la constitución política del Perú presentan la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

La Ley General de Salud contiene una cuestionada norma relativa a la reproducción asistida que dispone: “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 madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” (artículo 7).

En general, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho (lo cual tiene importantes consecuencias) y se prohíbe la fecundación de óvulos

humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos. Se permite tanto la fecundación homóloga como la heteróloga, pero el artículo pone como condición que coincidan 'la madre genética y la madre gestante'. Es esta la frase de la discordia. Sobre ello podríamos señalar:

La norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación. El último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de la FIV; si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación la hubiera establecido aquí.

Las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, sino que deben estar explicitadas. Lo contrario vulneraría el principio de clausura que establece que 'aquello no está prohibido, está permitido'.

Podría considerarse una exhortación del legislador, más no una exigencia.

Admitir la fecundación heteróloga con material genético masculino, pero impedirla con material genético femenino originaría una discriminación por razón de género, sobre todo teniendo en cuenta que en los casos de deficiencia ovárica el índice de éxitos de fertilizaciones con óvulos propios ronda el 20%. Mientras que con óvulos de donante este alcanza hasta 70%; con lo cual, prohibir la ovodonación equivale a negar la posibilidad de acceder a la maternidad cuando la dificultad resida en la mujer. (BRAVIO, 2010)

Lo que en un momento podía encontrar algún justificativo en las dificultades técnicas de la crioconservación de ovocitos, al haber sido estas superadas mediante la vitrificación y la crioconservación de tejido ovárico, pierde legitimidad.

Si lo que se pretende evitar son los conflictos en torno a la identidad de un futuro infante, la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de esperma.

Esta disposición no impide la maternidad subrogada, ya que puede coincidir madre genética y gestante en la subrogante, utilizando esperma de un donante anónimo o del varón de la pareja. Más propio en todo caso sería establecer, de un lado, una clara prohibición de la maternidad subrogada y, por otro, la determinación de la maternidad por el parto. De prohibirse la ovodonación, también se impediría la embriodonación, la cual puede dar alternativas a la adopción a parejas infértiles mediante tratamientos menos costosos y que permitan la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, evitando la generación de nuevos embriones supernumerarios.

Prueba de los defectos de esta norma es el requerimiento del consentimiento expreso de 'los padres biológicos', ya que al admitir la donación de esperma (siendo el varón el padre biológico) se estaría exigiendo la presencia de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? en un curioso cuadro jurídico, que solo se entiende merced a una técnica legislativa errónea, resultando conflictiva e inadecuada su aplicación literal.

Nuestro tema de investigación conlleva a hacer un análisis sobre la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano, teniendo en cuenta que su regulación aún carece de preceptos que generen un adecuado manejo de la norma jurídica sin embargo se vislumbra que, si bien es cierto el avance tecnológico trae consecuencias positivas, en este caso se puede apreciar que complica y distorsiona los parámetros de paternidad y maternidad predicables desde el Derecho Occidental Romano y hasta hace poco tiempo. Razón por la cual, es necesario un tratamiento idóneo y congruente que comprenda una elaboración nueva para algunos casos, es decir, la creación de nuevas categorías con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado; o en otros casos, busque adecuarla a los viejos esquemas conceptuales y legales. Si bien es cierto, ello implica un campo de acción demasiado extenso como por ejemplo lograr determinar quiénes son el padre y/o la madre del ser nacido por fecundación artificial, y en su caso, qué tipo de relación jurídica

puede existir entre el nacido por dicho procedimiento y la persona que sólo el gameto masculino o femenino necesario; no obstante, el presente estudio se encuentra enfocado a la regulación de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento como consecuencia del mencionado desarrollo de la ciencia genética.

Cabe mencionar que el ordenamiento jurídico peruano no cuenta con un tratamiento idóneo al respecto, ya que en el artículo 7º de la Ley N° 26842, Ley General de Salud del Perú, se limita a señalar: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos”. En otras palabras, nuestro ordenamiento jurídico no se encuentra de regulado e incluso, prohíbe la maternidad subrogada.

TEXTO NORMATIVO:

Proyecto de Ley N°

PROYECTO DE LEY

Los congresistas de la Republica, en función que suscriben, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, presentan el proyecto de ley:

FORMULA LEGAL:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la siguiente Ley:

**DE LEY: LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 7 DE LA LEY N° 26842 –
LEY GENERAL DE SALUD.**

Artículo 1°.- Objeto de la Ley

El objeto de la ley es modificar el artículo 7 de la Ley 26842 ley General de Salud, para incorporar la maternidad subrogada.

Artículo 2°.- modifíquese el artículo 7 de la Ley 26842 ley General de Salud, con el siguiente texto modificadorio:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como poder procrear bajo las técnicas de reproducción asistida, implementado la modalidad contractual de la maternidad subrogada para el ordenamiento jurídico peruano, la maternidad se realizara con el aporte del material genético tanto femenino como masculino.

DISPOCISIONES COMPLEMENTARIAS

Primera: Adecuación de normas

La presente ley se adecuara a la normativa nacional, en un plazo no mayor de 60 días calendarios.

Segundo: Vigencia

La presente ley entrara en vigencia al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Señor Presidente de la Republica para su promulgación.

En Lambayeque a los.....

Chiclayo 18 de Octubre de 2016

CAPITULO VII
BIBLIOGRAFIA Y ANEXOS

1.1. ANEXOS

1.1.1. ANEXOS DEL PROYECTO

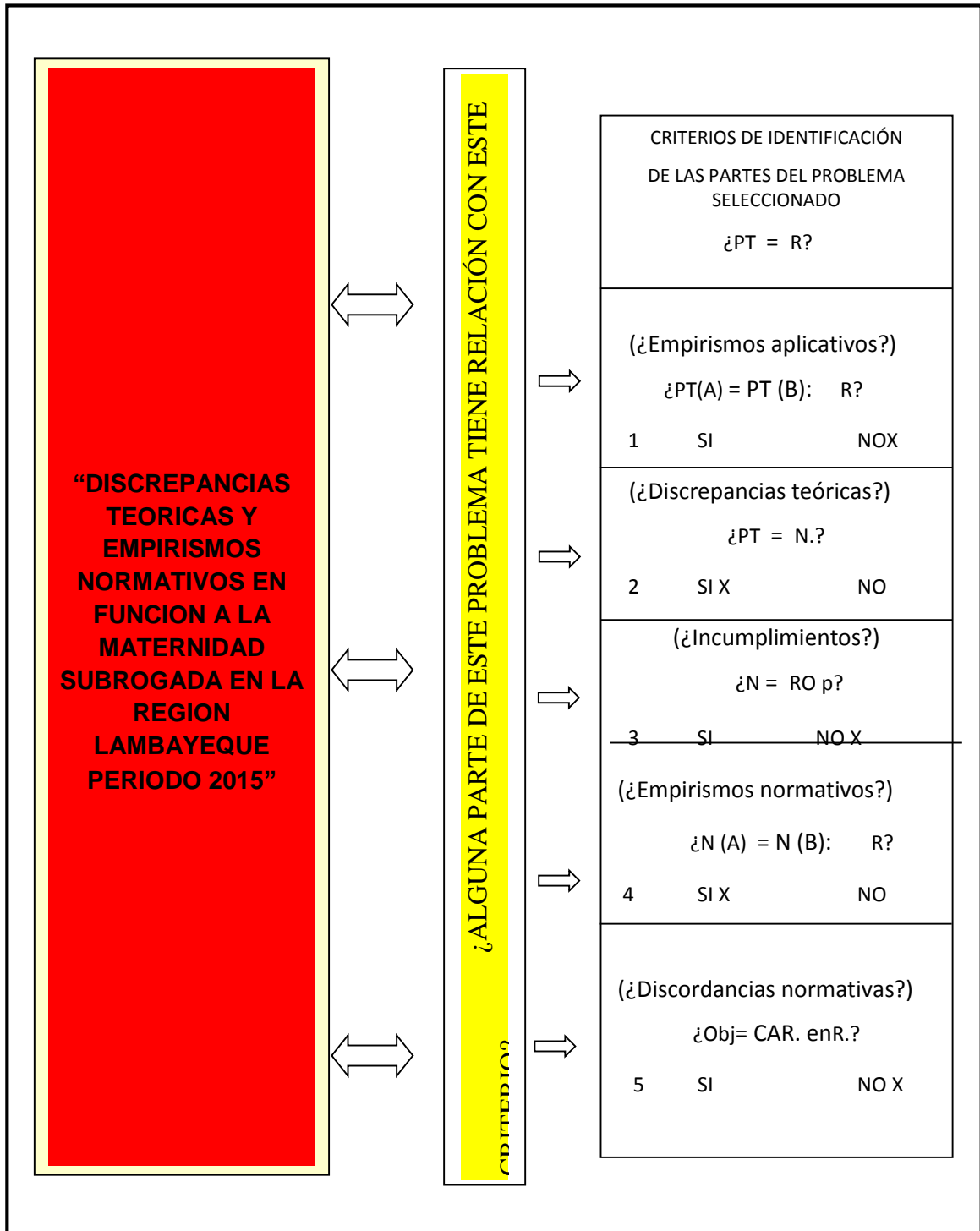
ANEXO N° 01

SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR

PROBLEMÁTICA:	CRITERIOS DE SELECCIÓN					TOTAL DE CRITERIOS CON SI	P R I O R I D A D
	<u>Se tiene acceso a los datos</u> a)	<u>Su solución Contribuiría a solución de otros problemas</u> b)	<u>Es uno de los que más se repite.</u> c)	<u>Afecta Negativa- Mente la imagen del Estado Peruano</u> d)	<u>En su solución están interesados los responsables de dos o más áreas</u> e)		
DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015	SI	SI	SI	SI	SI	5	1
Desigualdad entre recuperación de una deuda tributaria, frente a una deuda preferencial civil	NO	SI	SI	SI	NO	3	3
Uso indebido de la prueba prohibida, en el delito de enriquecimiento ilícito de la gestión municipal 2009-2014 del distrito de Chiclayo	SI	SI	SI	NO	SI	4	2
Crisis de justicia en el Perú, (Imparcialidad de los jueces) y los problemas de corrupción	NO	SI	NO	NO	SI	2	4
Delito a la identidad virtual, en función a la legislación peruana	NO	NO	SI	NO	NO	1	5
DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015	SI	SI	SI	SI	SI	5	Problema integrado que ha sido Seleccionado

ANEXO Nº 02

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: POR ELLO, SE CONSIDERA QUE EL NÚMERO DE PARTES DEL PROBLEMA DE TESIS ES 2.

ANEXO N° 03

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 Contribuiré a la solución de otros problemas	Es uno de los que más se repite.	Afecta Negativamente la imagen del Estado Peruano	En su solución están interesados los responsables de dos o más áreas		
PT(A) = PT(B): R. (Discrepancias teóricas)	1	1	1	1	1	5	1
N = RO p (Empirismos Normativos)	2	2	2	2	2	10	2

DISCREPACIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015

ANEXO N° 04: Matriz para Plantear las Sub-hipótesis y la Hipótesis Global

Problema Factor X Empirismos Aplicativos e Incumplimientos	<u>Realidad Factor A</u> DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015	MARCO DE REFERENCIA FACTOR B			Fórmulas de Sub-Hipótesis
		Planteamientos Teóricos	Normas	Legislación Comparada	
		-B1	-B2	-B3	
-X1 = Discrepancias Teóricas	A1 = Operadores del Derecho	X			a) -X1; A1; -B1
-X1 = Discrepancias Teóricas	A2 = Comunidad Jurídica	X	X		b) -X1; A2; -B1; B3
-X2 = Empirismos normativos	A1 = Operadores del Derecho	X	X		c) -X2; A1; -B1; B2
-X2 = Empirismos normativos	A2 = Comunidad Jurídica	X	X	X	d) -X2; A2; -B1; B2; B3
Total Cruces Sub-Factores		3	3	2	
Prioridad por Sub-Factores		1	2	3	

Leyenda:

Planteamientos Teóricos:

- B1= Conceptos básicos.
Jurisprudencia y doctrina comparada

Normas:

B2= Constitución Política del Perú
Legislación Laboral, Código Civil.
Código Procesal Civil, Ley General de salud

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional.

ANEXO N° 05

Anexo 5: El menú de técnicas, instrumentos, informantes o fuentes y sus principales ventajas y desventajas.

TÉCNICAS	INSTRUMENTOS	INFORMANTE O FUENTE QUE CORRESPONDE AL INSTRUMENTO DE CADA TÉCNICA	VENTAJAS	DESVENTAJAS
Documental	Fichaje	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros	Registra información Acumula datos	
	Subrayado	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros	Resalta aspectos importantes	se subrayan más palabras de las necesarias
	Resumen analítico	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros	Permite obtener síntesis Desarrolla habilidad para sintetizar y analizar	
De Campo	Cuestionario	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Recopilación de información	La falta de sinceridad en las respuestas
	Entrevista	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Adquirir información acerca de lo que se investiga	Es aplicada a pocas personas
	Encuesta	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Adquisición de información de interés Estructura lógica y rígida	No se garantiza la aplicación porque requieres de la intervención de muchas personas
	Test	Informantes: personas implicadas en el tema de estudio	Se ajustan a la necesidad u objetivos del investigador	Aplicadas más en Ciencias Sociales
	Ficha de observación	Informantes: lugar y personas implicadas en el tema de estudio	Permite diferenciar las características y comportamiento dentro del medio en donde se desenvuelven	Objetividad de lo observado

ANEXO N° 06

Anexo 6: matriz para la selección de técnicas, instrumentos, informantes o fuentes y variables.

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
a) -X1; A1; -B1	A1= Operadores del Derecho	Encuesta	Cuestionario	Informantes: jueces, fiscales y especialistas del derecho
	B2= Planteamiento Teóricos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
b) -X1; A2; -B1; B3	A2= Comunidad Jurídica	Encuesta	Cuestionario	Informante: Abogados,
	B1= Planteamientos teóricos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
	B3= Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
c) -X2; A1; -B1; B2	A1= Operadores del Derecho	Encuesta	Cuestionario	Informantes: jueces, fiscales y especialistas del derecho
	B1= Planteamientos Teóricos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
d) -X2; A2; -B1; B2; B3	A2= Comunidad Jurídica	Encuesta	Cuestionario	Informante: Abogados,
	B1= Planteamientos Teóricos	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
	B2= Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros
	B3= Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: libros, textos de normas jurídicas y otros

1.1.2. ANEXOS DE LA TESIS



CUESTIONARIO

DIRIGIDO A OPERADORES DEL DERECHO (JUECES, FISCALES, ESPECIALISTAS DEL DERECHO)

Le agradecemos responder este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos para determinar discrepancias teóricas y empirismos normativos en función a: **“DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”** A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

I. OPERADORES DEL DERECHO

PLANTEAMIENTOS TEORICOS

1.1. La Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que “la mujer que actúa como madre subrogada apremiada por la dificultad de su situación económica y la de su familia, no establece una relación contractual entre iguales. Por el contrario, forma parte de una relación donde su participación es virtualmente eliminada, su consentimiento libre e informado, obviado y su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, gestar y dar a luz. Así, este tipo de situaciones contiene todos los elementos que configuran una clara explotación de la mujer, como ser humano y como madre” Considera usted que en función a las posiciones distintas existe una explotación de la mujer?

- a. Existe explotación a la mujer ()
- b. No existe explotación a la mujer ()

1.2. El ordenamiento jurídico peruano cuenta o no con un tratamiento idóneo al respecto a la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción humana asistida?

- a. Si ()
- b. No ()

NORMAS

1.3. En función al tema contractual dentro del ámbito de la maternidad subrogada, en los casos que nuestro ordenamiento jurídico aceptara este tipo de prácticas y validara los contratos, estos tendrían que ser claros y favorecer a las dos partes, la portadora no podrá abusar del deseo de la pareja o la mujer de ser padres o madre para cobrar un precio excesivo, así como la pareja o la mujer contratante no podrá abusar de la necesidad económica de la futura portadora si es que la tuviese, y pagarle una cantidad ínfima. A su criterio que medidas debe implementar el estado?

- a. Implementar un tipo de contrato ()
- b. Adecuarla a los contratos ya establecidos ()
- c. Implementar un norma que regule la modalidad contractual ()
- d. N.A. ()

1.4. La Ley General de Salud - Ley N° 26842, en su artículo 7º, interpretado en sentido contrario, lo prohíbe desde que permite la reproducción asistida, siempre que la madre genética y gestante sea la misma. "Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Considera viable proponer una nueva norma que regule dicha problemática?

- a. Es viable ()
- b. No es viable ()

1.5. En relación a la pregunta anterior, podríamos decir que la redacción de la norma es deficiente, lo cual ha generado un encendido debate sobre todo en torno al tema de la ovodonación. Podría decirse que se establece claramente que el recurrir a técnicas de reproducción asistida es un derecho y se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines diferentes a la procreación y la clonación de seres humanos?

- a. Si ()
- b. No ()

LEGISLACION COMPARADA

1.6. En España rige, al respecto, la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, la cual se limita a prohibir la utilización de la maternidad sustituta, pero no se expide acerca de la solución jurídica que corresponde en los casos en que dicha circunstancia, pese a la prohibición legal, sea realizada igualmente. Considera que la legislación internacional y supranacional son aprovechables para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico?

- a. Es aprovechable ()
b. No es aprovechable ()



CUESTIONARIO

DIRIGIDO A COMUNIDAD JURIDICA (ABOGADOS)

Le agradecemos responder este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos para determinar discrepancias teóricas y empirismos normativos en función a: **“DISCREPANCIAS TEORICAS Y EMPIRISMOS NORMATIVOS EN FUNCION A LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REGION LAMBAYEQUE PERIODO 2015”** A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

II. COMUNIDAD JURIDICA

PLANTEAMIENTOS TEORICOS

1.1. El desarrollo de la presente investigación tiene como base teórica los postulados de diversos juristas nacionales y extranjeros, tales como Alma Arámbula, Diógenes Jiménez, Ana Araujo, entre otros. Dichos autores han expuesto que, actualmente, las posibilidades ofrecidas por la aparición y el desarrollo de las técnicas de procreación asistida, no sólo permiten separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, sino también que ésta pueda

realizarse sin la participación biológico – genética y/o sin el conocimiento del otro miembro de la pareja. Sin embargo también encontramos la posición de Krimmel el cual ha publicado sus objeciones morales con respecto a este tema, las cuales se basan en que la maternidad es un proceso natural, por lo que al incorporar otras variables se desnaturaliza este proceso tornándose moralmente inaceptable. Considera usted la existencia de discrepancias teóricas en función al tema a investigar?

- a. Si ()
- b. No ()

1.2. Frente a la posición de Krimmel, el cual estableció que este escenario ha dado lugar a rechazo por parte de movimientos feministas, pues consideran que las mujeres son manipuladas como si fuesen cautivas, siendo esta una forma más de apropiación, control y explotación de la mujer, ya que es posible que exista un abuso de las situaciones socioeconómicas que puedan estar atravesando, en ese caso la decisión no es libre sino que está motivada por ejemplo por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema vulnerabilidad y pobreza, algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir hijos. Teniendo en cuenta lo antes mencionado es posible regular la maternidad subrogada y esta tenga posiciones en su gran mayoría asertivas?

- a. Si es posible ()
- b. No es posible ()

NORMAS

1.3. Es importante entender que el precio de estas técnicas es bastante alto, lo cual restringe la posibilidad de acceder a ellas solo a personas que tengan suficientes recursos económicos. Además, la mujer prestadora del útero puede tener graves consecuencias para su salud, ya que los medicamentos que se inyectan en la fecundación in vitro, pueden crear algún tipo de anafilaxia, y el uso de medicamentos inductores de la ovulación puede provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica. Incluso diversos autores han relacionado el uso de los medicamentos con cáncer de ovario. Considera la existencia de vulneración de derechos constitucionales?

- e. Se vulneran derechos constitucionales ()
- f. No se vulneran derechos constitucionales ()

1.4. Teniendo en cuenta que el vientre de alquiler o maternidad subrogada es un proceso por el que una mujer gesta un bebe ajeno (genéticamente) para otra, y por el cual le pagan una cantidad de dinero, a condición de desligarse de la criatura al nacer. Ante ello si existiera alguna violación de derechos constitucionalmente establecidos en el ordenamiento jurídico peruano, en función a la maternidad subrogada, Cuales consideraría usted que se están vulnerando?

- a. Derecho a la vida ()
- b. Derecho a la identidad ()
- c. Derecho a tener un hogar y una familia ()
- d. T.A. ()

1.5. En relación al tema contractual dentro de la maternidad subrogada, se hace de referencia que en nuestro país se hiciera un contrato de esta naturaleza, sería totalmente inválido, pues si bien no está expresamente prohibido, la Ley General de Salud - Ley N° 26842, en su artículo 7º, interpretado en sentido contrario, lo prohíbe desde que permite la reproducción asistida, siempre que la madre genética y gestante sea la misma. Por otro lado la Ley General de Salud en su "Artículo 7 define 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. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos." Considera que dichas normas antes mencionadas no regulan eficazmente el tema a investigar, por el cual es necesario la implementación de una norma que regule el tema contractual en función a la maternidad subrogada?

- a. Si ()
- b. No ()

LEGISLACION COMPARADA

1.6. En el país hermano de Brasil, no existe una legislación específica al respecto; no obstante la resolución CFM n 1358/92 del Consejo Federal de Medicina, estableció en su sección VII – Sobre la gestación de sustitución (donación temporaria de útero)- que, las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. Asimismo, se prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica. De acuerdo con el art. 199, parágrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en esa inteligencia la gratuidad será un presupuesto de legalidad. Considera que la legislación internacional y supranacional son aprovechables para el adecuado manejo de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico?

- a. Es aprovechable ()
- b. No es aprovechable ()

1.2. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

LA CRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; LUNA SERRANO, Agustín; DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco & RAMS ALBES, Joaquín. Elementos de Derecho Civil. Tomo IV: Familia. Madrid, Dykinson

CARCABA FERNÁNDEZ, María. Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1995.

JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ, Diógenes. “Legalización de la contratación de alquiler de vientre con subrogación materna en el Perú”. Revista In crescendo. Chimbote-Perú, Universidad Católica de los Ángeles de Chimbote, 2010 [ubicado 16.V.2013]. Obtenido en:

[http://increscendo.uladech.edu.pe/es/ediciones/ediciones-
anuales/2010/vol-1-n-2-julio-diciembre/item/153-legalizaci%C3%B3n-de-
la-contrataci%C3%B3n-de-alquiler-de-vientre-con-subrogaci%C3%B3n-
materna-en-el-per%C3%BA](http://increscendo.uladech.edu.pe/es/ediciones/ediciones-
anuales/2010/vol-1-n-2-julio-diciembre/item/153-legalizaci%C3%B3n-de-
la-contrataci%C3%B3n-de-alquiler-de-vientre-con-subrogaci%C3%B3n-
materna-en-el-per%C3%BA)

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos & BAPTISTA LUCIO, Pilar. Metodología de la investigación. México, McGraw – Hill Editores, 1998.

ARÁMBULA REYES, Alma [investigadora parlamentaria]. Maternidad subrogada. México, Cámara de diputados – LX Legislatura, agosto 2008 [ubicado 9.V.2013]. Obtenido en <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>

ARAUJO RODRÍGUEZ, Ana Lizbeth. “La maternidad subrogada por sustitución en la gestación. Problemas en la determinación de la filiación: alternativas y propuestas”. Revista Ubi Societas Ibis Ius. N° 02. Trujillo, Universidad Nacional de Trujillo, mayo del 2009 [ubicado 19.V.2013].

Obtenido en <http://aboutderecho.blogspot.com/2009/04/problemas-en-la-determinacion-de-la.html>

MEINKE S. Surrogate motherhood: ethical and legal issues. National Reference Center for Bioethics Literature. Kennedy Institute of Ethics. Scope Note 6. Georgetown University 2001; 1-17.

CANDAL L. La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. Universidad de Buenos Aires 2010.

ALOMIA H, MORENO A, RAMÍREZ A. Consideraciones bioéticas sobre la maternidad subrogada. Bioética y Uni-verso libre 2009.

RODRÍGUEZ L. Ingeniería genética, Reproducción asistida y criminología. Criminalia 60 aniversario, Academia Mexicana de Ciencias Penales Año LX 1994, Porrúa México.

GOLOMBOK S, TEMAN E. The social construction of surrogacy research: an anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood. Social Science & Medicine 2008.

FELICIANO ACEVEDO, Ivonne. Nuevas Controversias en Derecho de Familia que Surgen por la Tecnología. En: Tercera Conferencia de Trabajo Social Forense. <http://www.ramajudicial.pr/Miscel/Conferencia/conferencia-3ra.htm>.

Visitada, el 1 de Noviembre de 2009.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere4/Tesis-63.pdf>.

Visitada, el 2 de noviembre de 2009.

KEANE, Noel y Dennis BREO. The Surrogate Mother. New York. **Everest House Publishers**. 1981.

DICKENS, Bernard. Legal aspects of surrogate motherhood. Uk. 1987.
RUBIO CORREA, Marcial. Retos que la reproducción humana asistida presenta al futuro de los Derechos Humanos. En: Derechos Humanos en el umbral del tercer Milenio. Retos y proyecciones. Comisión Andina de Juristas. Lima-Peru. 1997.

FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. 2 tomos. Lima. Editorial Científica S.R.L. 1980

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. www.rae.es. Visitada el 2 de Noviembre del 2009

STUART MILL, Jhon. Sobre la Libertad. <http://www.ateismopositivo.com.ar>. visitada el 2 de Noviembre del 2009.

BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993 Análisis Comparado. Lima: ICS Editores, 1996.

FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. 2 tomos. Lima. Editorial Científica S.R.L. 1980

ROCA MENDOZA, Oreste Gherson y Jairo Cieza Mora. Breves notas sobre la determinación de la paternidad matrimonial. Comentarios al artículo 361 del código civil. www.proiure.org.pe. Visitada el 30 de Noviembre del 2009.

DICCIONARIO JURÍDICO. www.lexjuridica.com. Visitada el 22 de Noviembre del 2009.

MALLMA SOTO, José Carlos. Alquiler de vientre y sus problemas de filiación. www.monografias.com. Visitada el 30 de Noviembre de 2009.

CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984. Artículo 361: Presunción de paternidad.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Proyecto de reformas al Libro III: Derecho de Familia. Artículo 417 –E.- Determinación de la maternidad. www.minjus.gob.pe. Visitada el 29 de Noviembre del 2009.

LEY GENERAL DE SALUD, Ley N° 26842, Título 1, artículo 7.

ROA MEGGO Y. La infertilidad en el Perú: nuevos criterios para un enfoque preventivo en salud pública. Lima, Fondo editorial Universidad San Martín de Porres, 2009.

MC LAREN A. Historia de los anticonceptivos. Madrid: Minerva Ediciones, 1993.

THERY I. El anonimato en las donaciones de engendramiento, filiación e identidad narrativa infantil en los tiempos de descasamiento. Rev Antropología Social. 2009:18 21-42. Disponible en: <http://www.ucm.es/BUCM/revistas/cps/1131558x/articulos/RA-SO0909110021A.PDF>. Consulta el 20 de agosto de 2011.

ALCAZAR IRIZARRY, Diana M. y Cristina M. ABELLA DÍAZ. www.clave.org. Visitada el 9 de Diciembre del 2009.

FARNÓS AMORÓS, Esther y Margarita GARRIGA GORINA. ¿Madres? Pueden ser mas de una. Tres casos recientes de la supreme court de California. En: InDret, Barcelona, Octubre 2005. www.indret.com. Visitada el 9 de Diciembre del 2009.

ABEL, F., CAÑON, C. (coordinadores) (1993): La mediación de la Filosofía en el debate bioético. Universidad P. Comillas, Madrid.

MEILAENDER, G. (1996): "Less law? Or different law?", Hastings Center Report 26 (nov-dec)

THOMASMA, D.C., T. KUSHNER (editores) (1996): Birth to death. Science and Bioethics. Cambridge University Press (Recientemente - 1999- ha salido la edición en español: "Del nacimiento a la Muerte. Ciencia y Bioética).

MORENO MUÑOZ, M. (1996): El debate sobre las implicaciones científicas, éticas, sociales y legales del Proyecto Genoma Humano. Aspectos epistemológicos. Tesis de Doctorado, Universidad de Granada.

LUJAN, J.L., L. MORENO (1994): Biotecnología y sociedad. Revista Arbor, nº585.

GRACIA, D. (1992): "Planteamiento de la bioética", en M. Vidal (editor): Conceptos fundamentales de ética teológica. Trotta, Madrid.

DELGADO CAPCHA, Rodrigo. Entrevista acerca de la primera Casación en materia de procreación asistida para la Editorial Gaceta Jurídica. www.enriquevarsi.com. Blog de Enrique Varsi Rospigliosi. Visitada el 9 de Diciembre del 2009

CASACIÓN N° 5003-2007-LIMA

CAS. N° 5003-2007 LIMA.

Lima, seis de de mayo del dos mil ocho.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, vista la causa número cinco mil tres-dos mil siete, en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

1.- **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, contra la Resolución de vista de fojas ciento setentiseis de fecha tres de agosto del dos mil siete, que confirmando la apelada de fojas setenta y siete, de fecha veintitrés de octubre del dos mil seis, declara improcedente su demanda de impugnación de maternidad; con lo demás que contiene.

2.- **FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:** Admitido el recurso de casación, fue declarado procedente mediante auto de fecha catorce de noviembre del dos mil siete, por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, argumentándose la contravención de los artículos VI del Título Preliminar y 399 del Código Civil; así como del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, pues se encuentran legitimados para impugnar la maternidad extramatrimonial los hermanos, en razón al interés moral que poseen, basta por ello acreditar el interés legítimo, no siendo exigible acreditar daño o afectación conforme lo señala la Sala de Familia; indica que a criterio de la Sala no basta que se acredite la condición familia (hermano-vínculo sanguíneo) para impugnar la maternidad, sino que habría que acreditar la afectación por el supuesto reconocimiento falso, denunciando que esto último no es requisito exigido por la ley; refiere que en virtud a lo dispuesto

por el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, la afectación se demuestra con el mismo acto impugnado (reconocimiento falso), hecho que es ajeno e irrelevante a la legitimidad o interés moral para accionar, toda vez que éste es inherente a la condición subjetiva del accionante; señala que sin perjuicio de su argumento relativo a que no es exigible acreditar la afectación o menoscabo para iniciar una acción judicial, sostiene que según el artículo 399 del Código Civil, basta con acreditar interés legítimo, para establecer la existencia de la afectación consubstancial al acto impugnado, por lo que en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, la Sala debió revocar la apelada, pues aplicando el Derecho, es evidente el daño o afectación moral, psicológico, a corto o largo plazo ocurrido por la misma realización del acto impugnado que resulta de la falsedad de la relación materno filial; por ello sostiene que se interpone la demanda con la finalidad de enervar el reconocimiento de maternidad realizado, por ser ilegal, pues tal reconocimiento de maternidad le concede a la demandada derechos de patria potestad, tenencia y demás derechos inherentes a la sociedad paterno filial, de manera que por el hecho del reconocimiento y el ejercicio de los derechos inherentes a él, el hijo de la recurrente se encuentra evidentemente afectado, pues existe separación entre hermanos de sangre y violación a derechos fundamentales que son propios del ius sanguinis, tales como el derecho a la identidad, integridad moral, integridad psíquica, libre desarrollo, bienestar, mantenimiento y preservación de los vínculos paterno filiales y fraternales, intimidad familiar, identidad cultural; refiere además, que el interés para obrar es una situación jurídica subjetiva, esto es, la existencia de una situación jurídico procesal en razón a la particular condición del sujeto de derecho, y así, la acreditación de la afectación del derecho violado, desconocido, o incumplido (como exige la Sala) es consubstancial al momento de la aparición de la irregular situación jurídica acusada, por lo que resulta irrelevante para quien tiene la condición única y particular del vínculo consanguíneo, tener que acreditar afectación para demostrar que

posee interés moral para accionar judicialmente; así refiere que el ius sanguine "per se" otorga legitimidad para obrar a los hermanos en diversas circunstancias, las que indica con su base legal, señalando en ese sentido que, el hermano tendrá derecho y legítimo interés para impugnar el falso reconocimiento de su hermano.

3.- CONSIDERANDO:

Primero: La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso se da cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva, el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Segundo: De la demanda de fojas cuarenta se aprecia que la recurrente Mónica Cedelinda Oblitas Chicota actúa en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, e invocando los artículos 45 y 399 del Código Civil impugna el reconocimiento de maternidad efectuado por Mxxxx Xxxxx Xxxxx Xxxxx respecto de la menor Axxxx Xxxxx Xxxxx Xxxxxx, argumentando que la demandada no es la madre biológica de dicha menor, pues ella fue inseminada artificialmente con el óvulo de una mujer distinta y se utilizó los espermatozoides del esposo de la recurrente, Custodio Olsen Quispe Condori, sin el consentimiento de éste, mediante la técnica de reproducción asistida denominada "ovodonación", la que no está permitida en nuestro país conforme se colige de lo previsto en el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Tercero: Las instancias de mérito han declarado improcedente la demanda, fundamentando su decisión en que la parte demandante no ha acreditado interés económico o moral para ejercer la presente acción, al no demostrar que con el reconocimiento se haya afectado

directa o indirectamente al hijo de la demandante, careciendo por ende de interés para obrar.

Cuarto: El interés para obrar, de acuerdo a la doctrina mayormente aceptada sobre el tema, es la utilidad que para el titular de un derecho subjetivo emana de la tutela jurisdiccional, y según Hugo Rocco se determina realizando un: "juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia puede seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica".

Quinto: La legitimación procesal es la capacidad de ejercicio, en el proceso, de los derechos civiles; es la aptitud que tiene la persona de obrar directamente en un proceso como parte, defendiendo sus derechos.

La legitimidad "ad causam" es la titularidad que tiene la persona respecto del derecho que demanda; es un elemento de procedencia de la pretensión jurídica demandada. En caso queda parte actora no tenga la legitimado ad causam, la acción será, evidentemente, improcedente.

Sexto: Existe interés para obrar procesalmente, cuando la parte actora invoca una utilidad directa, manifiesta y legítima, de índole material o moral, que lo lleve a proteger un derecho mediante el ejercicio de la acción. El juicio de utilidad debe referirse, en cada caso, a los efectos del acto jurisdiccional que se pide, o también en sentido inverso, el perjuicio o daño que pueda causar al actor, la falta del pronunciamiento requerido. En suma, el interés para obrar tiene contenido procesal al significar un presupuesto del derecho de acción y supone un estado de necesidad que se busca sea atendido por el Estado a través del órgano jurisdiccional.

Séptimo: De acuerdo a ello, el menor hijo de la demandante, y en cuyo nombre actúa, Olsen Fabrizio Quispe Oblitas, es hermano paterno de la menor, que la demandada ha reconocido como su hija, conforme al resultado del examen de ADN, según documento obrante a fojas diez, del que se colige que el padre de ambos menores es Custodio Olsen Quispe Condori, por lo que impugna dicho reconocimiento por las razones que expone, sosteniendo interés legítimo, pues este no concuerda con realidad biológica, existiendo a ese efecto el parentesco consanguíneo.

Octavo: Por lo tanto, no se trata de acreditar solamente la afectación al recurrente por el reconocimiento, sino el legítimo interés en el pronunciamiento, por su condición de hermanos del menor hijo de la demandante y la menor Axxxx Xxxxx Xxxxx Xxxxx, en la necesidad de que el órgano jurisdiccional decida, respecto al reconocimiento efectuado por la demandada, que se señala transgrede lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, y porque se vulnerarían derechos fundamentales de la citada menor, como su derecho a la propia identidad.

Noveno: Por último, el interés legítimo a que se refiere el artículo 399 del Código Civil, está referido a una circunstancia de carácter personal, la parte es titular de un interés propio, distinto de cualquier otro, que proyectada al presente caso se encuentra dada por la condición de hermanos, lo que asegura el carácter personal, propio y legítimo del interés; además de ser único respecto a terceros que no se encuentran unidos por un vínculo de parentesco consanguíneo, con las consecuencias que determinan los artículos 475 del Código Civil y 93 del Código de los Niños y Adolescentes que regulan la prelación de los obligados a prestar alimentos, así como la obligación que existe a nivel de hermanos en la protección recíproca sus intereses.

Décimo: Estando además a lo dispuesto en el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, en cuanto al interés moral. **4.- DECISION:** a) Por las consideraciones expuestas, de conformidad con el dictamen fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, y estando a lo establecido en el artículo 396 inciso 2º ordinal 2.3 del Código Procesal Civil:

Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Mónica Cedelinda Oblitas Chicoma en representación de su menor hijo Olsen Fabrizio Quispe Oblitas; en consecuencia **NULA** la resolución de vista fojas ciento setenta y seis de fecha tres de agosto del dos mil siete; **INSUBSISTENTE** la apelada de fojas setenta y siete, su fecha veintitrés de octubre del dos mil seis. **b) ORDENARON** que el Juez de la causa expida nueva resolución estando a los considerandos precedentes. **c) DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, bajo responsabilidad; Interviniendo como Vocal Ponente el Señor Sánchez-Palacios Paiva; y los devolvieron. SS. SANCHEZ-PALACIOS PAIVA, CAROAJULCA BUSTAMANTE, MANSILLA NOVELLA, MIRANDA CANALES, VALERIANO BAQUEDANO **C-237841-372**

Anexo 2

Entrevista de Rodrigo Delgado Capcha acerca de la primera Casación en materia de procreación asistida para la Editorial Gaceta Jurídica

CAS. N° 5003-2007 LIMA

Lima, Seis de mayo del dos mil ocho

**SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPUBLICA DEL PERÚ**

1. La casación no aborda directamente el tema de la procreación asistida (pese a que se trata de un caso de “inseminación artificial” y “ovodonación”) y se pronuncia más bien respecto de la posibilidad de que una persona pueda impugnar el reconocimiento de su medio hermano alegando un interés legítimo moral en atención a que no coincide con la realidad biológica. La Corte Suprema considera que sí, ¿cuál es su opinión al respecto?

La casación, en efecto, se pronuncia en el sentido de aceptar la intervención de un tercero legitimado que ha acreditado debidamente el vínculo familiar (un medio hermano) con la finalidad de poder impugnar un reconocimiento de maternidad extramatrimonial.

Como bien plantea Ud., no se ha abordado el tema de fondo, sino el tema de la forma. Lo que debió haber pensado la Corte Suprema es dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- ¿Qué tan beneficiosa puede ser esta impugnación para la media hermana de quien, representado por su madre, está demandando?
y,

- ¿Cuál es el interés que tiene este medio hermano de la concebida a través de una técnica de reproducción humana asistida denominada ovodonación?

Beneficio no es y su interés es que ella se quede sin madre, y eso obviamente no la favorece, más aún si es que el óvulo a través del cual fue procreada la media hermana es de desconocido origen genético (de una madre cedente).

En efecto, la finalidad de esta clase de impugnaciones es que posteriormente el verdadero progenitor reconozca al menor, que no

es el caso. En este, la genetrrix (madre genética) fue una donante de óvulo cuya identidad se desconoce y, de identificarla, seguramente no estaría interesada en reconocer a la niña. Reiteramos, lo que se quiere con esta demanda de impugnación de reconocimiento es dejar a la menor sin madre, impugnar la maternidad legal, pese a que según nuestro ordenamiento la maternidad se determina por el hecho del parto y el nacimiento correspondiente (madre es la que pare, gestatrix)

Nada tiene que ver en este contexto el hecho que la Ley General de Salud establezca una disidencia entre esta maternidad biológica y la genética, pero esa situación no puede perjudicar a un sujeto derecho, que es en este caso la niña nacida por una técnica procreática.

La ovodonación puede ser ilícita, vetada, vedada por el Derecho pero si se aplica esto no puede perjudicar al recién nacido o al ser humano procreado como consecuencia de ello.

La presente resolución casatoria plantea la discusión de la falta de una ley especial en materia de procreación asistida, como existe en otros ordenamientos. ¿Considera Ud. que es necesaria una norma especial o este terreno debe continuar sin regulación expresa y simplemente con la disposición de la Ley General de Salud? ¿Cómo debería estar regulado, por ejemplo, el tema de la ovodonación?

La Ley General de Salud es un adefesio, es una norma incompleta. Una norma que a alguien se le ocurrió plasmar y que ni siquiera se ha estudiado, reglamentado ni completado.

No obstante, todo el mundo se escuda en ella, es más, hay quienes dicen que las técnicas de reproducción humana asistida tienen que partir de la gran norma de la Ley General de Salud. Creo que sería una vergüenza utilizar el artículo 7º como fundamentación para hablar de un Derecho Genético en el Perú.

Considero que hay que crear una teoría del Derecho Genético a través de una doctrina, de jurisprudencias serias, de sentencias razonadas no a través de resoluciones que no tienen un blanco, un verdadero horizonte, un norte claro para atacar realmente el problema.

Una ley, por más completa y sabia que sea, nunca va a solucionar los problemas si no sabemos realmente lo que queremos de la procreática. En nuestro medio debemos generar es primero una conciencia, un entender, una identificación con esta revolución procreática, para luego pensar si debemos resolverla.

Lo que si es necesario es incorporar en nuestro Código Civil una sección que regule la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, filiación que debe estar definida sobre la base de la voluntad, el querer, la intención, al margen de la filiación adoptiva o natural, sea matrimonial o extramatrimonial, claro sin descuidar el principio de la afectividad.

Estamos obsesionados por el genetismo y dejamos de lado la intención. Este caso, si hacemos primar el vínculo genésico esta niña va a resultar hija de una progenitora que no sabemos donde encontrarla, entonces la pretensión de su queridísimo hermano es que esta niña se quede sin madre, a pesar de tener una que no solo la parió sino que, fundamentalmente, la deseo.

¿Esta es una pretensión justa?

¿Es una pretensión que está sustentada en un legítimo interés?

¿Qué cosa motiva al hermano?

Si el hermano demuestra que tiene el interés que su hermana se quede sin madre porque quiere realmente atribuir la maternidad que le corresponde, allí sí se configura un legítimo interés, pero en el

presente caso vemos que el fin es dejar a su hermana sin ningún tipo de relación maternal, una huérfana biológica.

No se pensó, acaso, que la vertiginosa carrera científicista en materia procreática avasalla el Derecho de familia sobre todo en el tema filial siendo la tendencia actual en la determinación del nexo filial la prevalencia de la voluntad, desplazando el aspecto biogenético, tendiendo a su desbiologización. Esta corriente distingue la filiación de los nacidos por las técnicas de reproducción haciéndola inatacable en sustento de la motivación de las partes y interés de los hijos, a pesar de la falta de relación entre lo biológico y lo legal. Se habla de la filiación civil, contraria a la filiación por naturaleza, siendo su fundamento la voluntad procreacional de los participantes, el deseo de ser padres. La filiación biológica perdió su fuerza frente a la voluntad y el afecto. En la filiación asistida priman los conceptos sociológicos y culturales. La paternidad y maternidad corresponde aquellos que la desearon. El régimen paternofilial para las técnicas procreáticas se asemeja al de la adopción, ambas se sustentan en la voluntad y no el dato biológico.

Se crea un tercer género, aparte de la filiación por naturaleza y la adoptiva, la llamada filiación civil.

Anexo 3

ACUERDO DE ALQUILER DE VIENTRE

Este Acuerdo es hecho en _____ (la Fecha), por y entre _____, una mujer casada (llamado el Substituto),

_____, su marido (llamado el Marido de Substituto), quién los dos residen en, _____ (la Dirección) y

_____, (llamado Padre Natural), quién reside en,

_____ (la Dirección).

Las RELACIONES Este Acuerdo es hecho con la referencia a los hechos siguientes:

El Padre Natural es un hombre casado encima de la edad de _____ (_____) (Dieciocho (18) o la Edad Aplicable Requirió por el Estatuto) años que desea entrar en este Acuerdo, con el solo propósito de que es habilitar el Padre Natural y su esposa que no puede concebir para tener un niño que es relacionado biológicamente con el Padre Natural.

B. El sustituto y el Marido de Substituto han pasado la edad de _____ (_____) (dieciocho (18)) años y los dos el deseo y está deseoso entrar en este Acuerdo sujeto a las condiciones y condiciones contenidos en este Acuerdo. Ahora por consiguiente, en la consideración de las promesas mutuas, que las representaciones, condiciones y condiciones contenidas en este Acuerdo, las partes están de acuerdo con lo siguiente:

SECCIÓN UNO; El Substituto representada ella es capaz de concebir a los niños. El sustituto entiende y está de acuerdo con los intereses más buenos del niño ella no formará o intentará formar una relación del Madre-niño con cualquier niño o niños ella puede concebir, puede llevar al término, y puede dar el nacimiento a, consiguiente a este Acuerdo.

SECCIÓN DOS; El Substituto y el Marido de Substituto se encuentran casados desde _____ (la Fecha). El Marido de sustituto está de acuerdo con los propósitos y comestibles de este Acuerdo y reconoce que su esposa, el Substituto, se inseminará artificialmente conforme a las disposiciones de este Acuerdo. El Marido de sustituto está de acuerdo eso en los intereses más buenos del niño él no formará o intentará formar una relación del padre-niño con cualquier niño o el Substituto de los niños puede

concebir por la inseminación artificial, como esta descrito en este acuerdo, y acepta libremente y prontamente entrega de la custodia inmediata del niño al Padre Natural.

El Marido de sustituto está de acuerdo en terminar sus derechos paternales con tal niño más allá. El Marido de sustituto reconoce él hará todos los actos necesario refutar la presunción de paternidad de cualquier descendencia concebida y nacido consiguiente a este Acuerdo con tal de que por la ley, incluso la comprobación de sangre y/o comprobación de HLA.

SECCIÓN TRES; Substituto se inseminará artificialmente con el semen del Padre Natural por un médico. El sustituto, al ponerse embarazada, está de acuerdo a llevar el embrión (o feto) hasta la entrega. El sustituto y el Marido de Substituto, está de acuerdo que ellos cooperarán con cualquier investigación del fondo en Substituto médico, familia, e historia personal y garantías la información para ser exacto al mejor de su conocimiento y creencia. El sustituto y el Marido de Substituto están de acuerdo renunciar la custodia del niño al Padre Natural, instituir, y cooperan, en los procedimientos para terminar sus derechos paternales respectivos a tal niño, y para firmar cualquiera y todas las declaraciones juradas necesarias, documentos, y papeles para llevar más allá el intento y propósitos de este Acuerdo. El sustituto y el Marido de Substituto entienden que el niño está concibiéndose para el solo propósito de dar a tal niño al Padre Natural, su padre natural y biológico. El sustituto y el Marido de Substituto están de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias y otros documentos posteriores luego del subsiguiente nacimiento del niño, y para participar voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad necesario para que el nombre Padre Natural figure en el certificado de nacimiento del niño como el padre natural o biológico.

SECCIÓN CUATRO; La consideración para este Acuerdo que es la compensación para los servicios y gastos, y debe de ninguna

manera se traduzca como una cuota para la terminación de derechos paternales o como el pago en cambio de dar el consentimiento para renunciar al niño para la adopción, además de otras cláusulas contenidos en este Acuerdo, serán como sigue: 1. _____ (\$_____) se pagarán los dólares al Substituto, para los servicios y gastos llevando a cabo las obligaciones de Substituto bajo este Acuerdo. La manera de pago será como la siguiente, _____ 2. el Padre Natural pagará los gastos incurridos por el Substituto, consiguiente a su embarazo como que se define específicamente sigue: (un) Todo médico, hospitalización, el farmacéutico, laboratorio, y gastos de la terapia, incurridas en como resultado del embarazo de Substituto, no cubrió o permitió por su salud presente y comandante seguro médico, mientras incluyendo gastos médicos todo extraordinarios y los gastos todo razonables para el tratamiento de cualquier problema emocional, mental, u otro relacionaron a tal embarazo. En ningún evento, sin embargo, cualquier gasto se pagará o se reembolsará después de un periodo de _____ (____) meses de pasado la fecha de la terminación del embarazo subsecuentemente. Este acuerdo excluye los gastos específicamente para sueldos perdidos u otros incidentes no-detallados relacionados a tal embarazo.

(el b) Padre Natural no será responsable para cualquier médico, hospitalización, farmacéutico, laboratorio, o gastos de la terapia que ocurren _____ (____) meses después del nacimiento del niño, a menos que la casualidad del problema médica a los tales gastos era conocida y trató mediante un médico a la expiración del _____ (____) se notifica a Custodio, como representante de Padre Natural, por el correo certificado, el recibo del retorno pidió.

(el c) Padre Natural será responsable para el costo total de toda la comprobación de paternidad. Los tales paternidad probando pueden, a la opción de Padre Natural, se requiera anterior para soltar de la cuota del Substituto de la plica. Si Padre Natural es

concluyentemente determinado no ser el padre biológico del niño como resultado de una prueba de HLA, este Acuerdo se juzgará abierto brecha y el Substituto no se titulará a cualquier cuota, y el Padre Natural se titulará al reembolso de gastos todo médicos y relacionados del Substituto y el Marido de Substituto.

(el d) Padre Natural será responsable para los gastos de viaje razonables de Substituto incurridos en la demanda de Padre Natural consiguiente a este Acuerdo.

SECCIÓN CINCO; Substituto y el Marido de Substituto son conscientes, entienden, y están de acuerdo en asumir todos los riesgos, incluso el riesgo de muerte que es incidental a la concepción el embarazo, el parto, e incluye, pero no se limita a, complicaciones subsecuente a tal parto.

SECCIÓN SEIS; El Substituto y el Marido de Substituto, por la presente de esté acuerdo sufrir la evaluación psiquiátrica por, _____, un psiquiatra, designado por Padre Natural.

El Padre Natural pagará por el costo de tal evaluación psiquiátrica. Antes de sus evaluaciones, el Substituto y el Marido de Substituto firmarán un descargo médico que permite la diseminación al Custodio o Padre Natural y su esposa copia del informe preparado como resultado de las tales evaluaciones psiquiátricas.

SECCIÓN SIETE; El Substituto y el Marido de Substituto están de acuerdo por la presente es el derecho exclusivo y solo de Padre Natural nombrar a tal niño nacido consiguiente a este acuerdo.

SECCIÓN OCHO; Niño, como se referido en este acuerdo, incluirá a todos los niños simultáneamente nacido consiguiente a las inseminaciones contempladas en este Acuerdo.

SECCIÓN NUEVE ; En caso de la muerte del Padre Natural o subsecuente al nacimiento de tal niño, se entiende y estaba de acuerdo por el Substituto y el Marido de Substituto, el niño se pondrá en la custodia de esposa Padre Natural.

SECCIÓN DIEZ; En el evento el niño se aborta anterior al _____ (____) (Quinto o como el caso sea) mes de embarazo, ninguna compensación, como enumerado en Sección Cuatro, Divida en párrafos 1, se pagará al Substituto. Sin embargo, los gastos enumeraron en Sección Cuatro, Divida en párrafos se pagarán 3 o se reembolsarán al Substituto. En el evento el niño se aborta, troqueles, o está nacido muerto subsecuente al _____ (____) (Cuarto o como el caso sea) mes de embarazo el Substituto recibirá _____ (\$_____) los dólares en lugar de la compensación enumerada en Sección Cuatro, Divida en párrafos 1. En caso de un aborto descrito anteriormente, este acuerdo terminará, y Substituto " ni Padre Natural estará bajo cualquier obligación extensa bajo este Acuerdo.

SECCIÓN ONCE; Substituto y Padre Natural deba cada uno sufrir el examen físico y genético completo y evaluación, bajo la dirección y vigilancia de un médico autorizado, para determinar si la salud física y bienestar de cada uno son satisfactorios. El tal examen físico incluirá la comprobación por el SIDA y el enfermedades incluir venéreo, pero no limitó a, la sífilis, herpes, y gonorrea. Cosas así AYUDA y se harán los enfermedad probando venéreos anterior a, pero no limitó a, cada serie de inseminaciones.

SECCIÓN DOCE; en caso del embarazo no ha ocurrido dentro de un tiempo razonable en la opinión de Padre Natural, este Acuerdo terminará por el aviso escrito al Substituto, en la residencia proporcionada al Custodio por el Substituto (de Custodio, como representante del Padre Natural).

SECCIÓN TRECE; Substituto está de acuerdo ella no abortará al niño concebido excepto una vez si, en la opinión médica profesional del médico inseminando, a tal acción es necesaria para la salud física de Substituto o el niño ha sido determinado por el médico ser fisiológicamente anormal. El sustituto está de acuerdo más allá, a la demanda de tal médico, para sufrir amniocentesis o las pruebas similares para descubrir los defectos genéticos y congénitos. En el evento la tal prueba revela el feto es genéticamente o congénitamente anormal, el Substituto está de acuerdo en abortar el feto en la demanda de Padre Natural. La cuota pagada al Substituto en esta circunstancia estará en el acuerdo a Sección Diez. Si el Substituto se niega a abortar el feto en la demanda de obligaciones, Padre Natural, como declarado en este Acuerdo, cesará excepto acerca de las obligaciones de paternidad impuestas por el estatuto.

Padre Natural reconoce que algunas anormalidades genéticas y congénitas no pueden descubrirse por amniocentesis u otras pruebas, y, por consiguiente, si demostrado ser el padre biológico, asume la responsabilidad legal por cualquier niño que puede poseer las anormalidades genéticas o congénitas.

SECCIÓN CATORCE; Substituto está de acuerdo en adherir a las instrucciones todo médicas la dado por el médico inseminando así como su obstetra independiente. El sustituto también está de acuerdo en no fumar los cigarros, bebida las bebidas alcohólicas, use las drogas ilegales, o tome regla o medicaciones del no prescritas sin el consentimiento escrito de su médico. El sustituto está de acuerdo en seguir un horario del examen médico prenatal para consistir en ninguna más pocos visita que: uno (1) visite por mes durante los primeros _____ (____) (Siete o como el mayo del Caso Sea) meses de embarazo, dos (2) visita (cada uno para ocurrir a los intervalos de la dos-semana) durante el

_____ (_____) y _____ (_____) (Octavo y Noveno o como el mayo del Caso Sea) meses de embarazo.

SECCIÓN QUINCE; para firmar este Acuerdo, cada parte se ha dado la oportunidad de consultar a un abogado de su o su propia opción acerca de las condiciones y la importancia legal del acuerdo y el efecto tiene en cualquiera y todo los intereses de las partes de este Acuerdo.

SECCIÓN DIECISÉIS; que Cada parte reconoce que él o ella han leído cuidadosamente y han entendido cada palabra en este Acuerdo, comprende su efecto legal, y está firmando este acuerdo libremente y voluntariamente. Ninguno de las partes tiene cualquier razón para creer que la otra parte o las fiestas no entendieron las condiciones y efectos de este Acuerdo totalmente, o que las otras partes no hicieron libremente y voluntariamente ejecute este Acuerdo.

SECCIÓN DIECISIETE; En el evento cualquiera de los cláusulas de este Acuerdo se juzga para ser inválido o pueden desunirse, tal inválido o provisión del resto de este Acuerdo y no causarán la invalidez o del recordatorio de este Acuerdo. Si a tal provisión se juzgará la deuda inválida a su alcance o anchura, entonces la tal provisión se juzgará válida a la magnitud del alcance o anchura permitida por la ley.

SECCIÓN DIECIOCHO; que Este Acuerdo se ejecutará en dos copias cada uno de los cuales se juzgarán un original. Una copia se dará a Natural Padre, y el otro la copia al Substituto.

SECCIÓN DIECINUEVE; Este instrumento incluye el Acuerdo entero de las partes con respecto a la materia de paternidad del sustituto. Hay ninguna promesa, condiciones, condiciones, u obligaciones de otra manera que aquellos contenidos en este Acuerdo, y este

Acuerdo reemplazará las comunicaciones todas anteriores, representaciones, o acuerdos, verbal o escrito, entre las partes.

SECCIÓN VEINTE; que Este Acuerdo no puede modificarse excepto por acuerdo escrito firmado por todas las partes originales.

SECCIÓN VEINTIUNO; que Este Acuerdo se ha bosquejado, negoció, y ejecutó y se gobernará por la fuerza de acuerdo con, las leyes del Estado de _____.

Firma del Padre Natural

Firma de la Madre de Substituta

Firma del Marido de

Substituto