



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**IMPEDIMENTO DE LA MATERNIDAD  
SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO  
HUMANO DE FORMAR UNA FAMILIA EN LOS  
CIUDADANOS DE PERU, AÑO 2018.**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**Autora:**

**Bach. Céspedes Guillermo Sheyla Nélica del Milagro**

**<https://orcid.org/0000-0002-9837-1234>**

**Asesor:**

**Mg. Orlando Barrantes Ravines**

**<https://orcid.org/0000-0003-3594-328X>**

**Línea de Investigación:**

**Ciencias jurídicas**

**Pimentel – Perú**

**2021**

**Aprobación del Jurado:**

---

**Dr. Robinson Barrio de Mendoza Vásquez**

**PRESIDENTE**

---

**Mg. Irma Marcela Ruesta Bregante**

**SECRETARIO**

---

**Mg. Wilmer Cesar Cueva Ruesta**

**VOCAL**

## **Dedicatoria:**

A mi amada madre María Celia Guillermo Parraguez, por ser muestra de lucha, constancia, esfuerzo, perseverancia, sin ella nada hubiera sido posible; a mi padre Juan Ricardo Céspedes Chambergó.

A mis hermanas Claudia Gissella, Celia Vanessa y en especial a Cinthya Katherine, por ser el apoyo incondicional y cómplices de toda la vida. “Nacimos en el mismo árbol y aunque nuestras ramas crezcan en diferente dirección, siempre nos unirán nuestras raíces”.

A mis abuelitos Nélica (+) y Alberto, por siempre inculcarme amor, valores y perdón.

A mis tías Milagros e Iris, por su amor infinito y cuidar siempre de mis hermanas y de mí. Y finalmente a mi pequeña Valentina Belén.

## **Agradecimiento:**

A Dios, por su amor y su bondad infinita, porque me brinda salud y conserva con bien a mi familia.

A mis diferentes docentes, los mismos que han inculcado los conocimientos para crecer como profesional durante este arduo camino de estudio académico.

A mi familia laboral de la Gerencia Legal de Pesquera Diamante, por su confianza depositada en mí y por sus enseñanzas del día a día.

## Resumen:

La investigación busco establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018. Para ello se desarrolló una investigación cuantitativa, no experimental de diseño transversal de tipo causal, en el que participaron 64 abogados litigantes. La investigación concluyó que el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia, ello, a través de la prueba de Chi-cuadrado de Pearson ( $p=0.00$ ). Sobre la legislación de la maternidad subrogada, en su mayoría, los encuestados consideran que la legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana (29.69%) y que la maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú (31.25%). Respecto a los procedimientos de la maternidad subrogada, se encontró que los entrevistados consideran que la norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación (35.94%) y el niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley (39.06%). En referencia a la relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño, se encontró que los entrevistados, en su mayoría, no consideran que el niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada o debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo (34.38%) y que la mujer que dona el ovulo es la verdadera madre (40.63%). Sobre la autonomía reproductiva, los entrevistados consideran que el impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia (31.25%) y que el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva (34.38%). Finalmente, respecto al acceso a servicios de salud reproductiva, los entrevistados manifestaron que, durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna (32.81%), impedir el acceso al servicio sanitario legal en la gestación (34.38%) y después de la gestación (39.06%) y que el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva (34.38%).

**Palabras clave:** Maternidad subrogada, derecho humano de formar una familia, derecho a la autonomía reproductiva, derecho al acceso a servicios de salud reproductiva

## ABSTRACT:

The research sought to establish whether the impediment of surrogate motherhood violates the human right to form a family in the citizens of Peru, year 2018. To this end, a quantitative, non-experimental investigation of causal cross-sectional design was developed, in which 64 trial attorneys. The investigation concluded that the impediment of surrogate motherhood violates the human right to start a family, this through the Pearson's Chi-square test ( $p = 0.00$ ). Regarding the legislation on surrogacy, for the most part, respondents consider that the legislation on surrogacy in Peru is not in accordance with the scientific advances in human reproduction (29.69%) and that surrogacy should be regulated in the Peru (31.25%). Regarding surrogacy procedures, it was found that interviewees consider that the norm should recognize the surrogacy procedure as an alternative for procreation (35.94%) and the child born under a surrogacy procedure has a family. according to Law (39.06%). In reference to the legal relationship of the pregnant woman, biological parents and the child, it was found that the interviewees, for the most part, do not consider that the child who is born under a surrogacy procedure or should be under the care of the mother who donated the egg (34.38%) and that the woman who donates the egg is the true mother (40.63%). Regarding reproductive autonomy, the interviewees consider that the impediment of surrogate motherhood violates the right to form a family (31.25%) and that the impediment of surrogate motherhood violates the right of reproductive autonomy (34.38%). Finally, regarding access to reproductive health services, the interviewees stated that, during pregnancy, the impediment of surrogate motherhood can prevent the pregnant woman from carrying a decent pregnancy (32.81%), preventing access to the legal health service in pregnancy. (34.38%) and after pregnancy (39.06%) and that the impediment of surrogate motherhood violates the right of access to reproductive health services (34.38%).

**Key words:** Surrogate motherhood, human right to form a family, right to reproductive autonomy, right to access to reproductive health services.

## ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	9
1.1 Realidad problemática	9
1.2 Trabajos previos	10
1.2.1 A nivel internacional	10
1.2.2 A nivel nacional	11
1.2.3 A nivel local	12
1.3 Marco teórico	13
1.3.1 La familia	13
1.3.2 El embarazo subrogado	22
1.3.3 Derecho humano de formar una familia	31
1.4 Formulación del problema	41
1.5 Justificación e importancia del estudio	41
1.6 Hipótesis	42
1.7 Objetivos	42
1.7.1 Objetivos general	42
1.7.2 Objetivos Específicos	42
II MATERIAL Y PROCEDIMIENTO	44
2.1 Tipo y Diseño de investigación	44
2.1.1 Tipo de investigación	44
2.1.2 Diseño de investigación	44
2.2 Población y muestra	44
2.2.1 Población	44
2.2.2 Muestra	44
2.3 Variables y operacionalización	45
2.3.1 Variables	45
2.3.2 Operacionalización de variables	46
2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	47
2.4.1 Métodos de recolección de datos	47
2.4.2 Técnicas de recolección de datos	47

2.4.3 Instrumentos de recolección de datos	47
2.5 Procedimientos para la recolección de datos	47
2.5.1 Análisis estadístico e interpretación de datos	47
2.6 Aspectos éticos	48
2.7 Criterios de rigor científico	49
III RESULTADOS	50
3.1 Resultados en tablas y figuras	50
3.1.1 Características de la muestra	50
3.1.2 Análisis de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”	53
3.1.3 Análisis de la variable “Derecho humano de formar una familia”	66
3.1.4 Prueba de hipótesis	78
3.2 Discusión de resultados	81
3.3 Aporte práctico	85
IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	91
4.1 CONCLUSIONES	91
4.2 RECOMENDACIONES	93
REFERENCIAS	94
ANEXOS	98



## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1 Realidad problemática**

El problema de investigación se ha denominado: Impedimento de la maternidad subrogada y la vulneración al derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018.

El diario La República (2018), con fecha 3 de setiembre del 2018, una pareja de chilenos conformada por Rosario Madueño Atalaya, de 46 años, y Jorge Tovar Pérez, de 48, fue detenida en el Aeropuerto Jorge Chávez acusados de trata de personas, finalmente, una prueba de ADN demostró que eran los padres del niño que intentaron sacar del país y que él bebe que se creía, se estaban llevado de manera irregular a Chile, era su hijo concebido a través de un tratamiento de reproducción asistida, específicamente de una maternidad subrogada o, también conocida, como vientre de alquiler. Este hecho puso de manifiesto un vacío legal en nuestra legislación que, a pesar del enorme avance científico en la reproducción asistida, no ha considerado legislaciones acerca de este tipo de tratamientos, más aun, cuando para muchas personas, esta es la única manera de formar una familia.

El formar una familia es un derecho reconocido en el artículo 16 de la declaración Universal de los Derechos Humanos la cual fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A-III. En ella se estipula que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia” (ONU, 1948). Sin embargo, este derecho humano, redactado 70 años atrás, no ha tenido el tratamiento que el avance científico y las actuales condiciones sociales se vienen desarrollando.

La familia tradicional o nuclear ha dado paso a las familias ensambladas y, gracias a la ciencia, a las que se origina por técnicas de reproducción asistida, en las que las definiciones tradicionales de familia ya no se adecuan a la realidad. La Constitución Política de 1993 del Perú, en el Artículo 4, reconoce la protección de la familia y la promoción del matrimonio, sin embargo, no ha considerado adecuar la legislación de protección familiar a aquellas familias cuyos hijos no se conciben en el vientre de la mujer

que proporcione el ovulo fecundado por el padre, sino que el feto se desarrolló en otro vientre el cual solo hace de soporte biológico para que el concebido se desarrolle hasta su nacimiento.

El caso de la pareja chilena, por la misma condición de extranjeros, fue mediática y demostró la carencia legislativa sobre la maternidad subrogada que se practica en nuestro país. La Ley 26842 (Ley General de Salud) estipula en su Artículo 7 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” (Congreso de la República, 1997), es decir, no está permitido en nuestro país que se contrate los servicios de una mujer con el objeto usar su vientre para que se desarrolle el ovulo de otra. Sin embargo, y al no estar previsto como delito en el Código Penal Peruano, la práctica es común en nuestro país, según la Sociedad Peruana de Fertilidad cada año se practican unos 4.500 procedimientos de fertilización asistida en territorio peruano (Rodríguez, 2017).

Como se observa, a pesar de la prohibición que el Estado, a través de la Ley General de Salud, ha impuesto, no ha podido evitar que los ciudadanos, siguiendo su propia condición de humanos busquen el logro de uno de sus derechos como especie que es el de formar una familia. En ese sentido, esta investigación buscará probar que el impedimento de la maternidad subrogada no hace más que vulnerar el derecho de formar una familia, derecho reconocido como parte importante de nuestro desarrollo como seres humanos.

## **1.2 Trabajos previos**

### **1.2.1 A nivel internacional**

Valdés (2014) en su investigación titulada “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas” publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana en Cuba, ha considerado que el Derecho no es un producto estático e inmóvil, y su objetivo no es obstaculizar la vida, por el contrario, debe regularla y organizarla. Respecto a la maternidad subrogada, considera que una vez nacido un niño mediante su práctica no deben negarse en ningún caso sus

derechos, especialmente aquellos que dignifican al ser humano y contribuyen al libre desarrollo de su personalidad. Su reconocimiento como miembro de una familia que asume su condición de tal, responde al interés superior del menor que debe tenerse en cuenta prioritariamente al dilucidar cualquier conflicto.

Orbea (2012) en su investigación titulada “Derechos contenidos en la maternidad subrogada gestacional” realizada en la ciudad de Quito en Ecuador, concluye que se están aplicando instituciones antiguas del derecho para resolver problemas nuevos como es el caso de la Maternidad Subrogada, lo cual ocasiona soluciones confusas, por ese motivo es necesario la regulación legislativa apta para los casos de maternidad subrogada gestacional. Imperiosamente se requiere la intervención de Estado en la voluntad, previniendo situaciones y estableciendo normas y principios, para evitar la vulneración de derechos, sin detener el ejercicio de la procreación; resguardando el interés y bienestar de los intervinientes, cautelando los valores culturales y evitando esta práctica al margen de la ley. A pesar que la norma jurídica no puede regular todas las circunstancias sociales debería abarcar lo imprescindible para poder controlar a la sociedad.

### **1.2.2 A nivel nacional**

Enríquez (2017) en su investigación titulada “Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú” publicada en la Universidad Cesar Vallejo de Trujillo concluye que, doctrinariamente la técnica de maternidad subrogada tiene una relación con la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú. Asimismo, concluye que el tratamiento jurisprudencial afecta el derecho a la identidad de los menores peruanos.

Estrada (2014) en el Informe de investigación N° 71/2014-2015 presentado al Congreso de la Republica concluye que existe disconformidad terminológica y conceptual respecto de aquel acto que tiene por objeto encargar la concepción de un hijo en un vientre que no le pertenece necesariamente a la madre genética con el fin de que ese niño sea posteriormente entregado a quien o quienes lo encargaron. Esta situación se explica en razón de las controversias éticas, religiosas, jurídicas y socioculturales que desencadena dicha práctica, lo cual obstaculiza la unificación de la nomenclatura, así como la

convergencia de criterios y componentes que la definen. No obstante, ello, la denominación que prevalece es la de maternidad subrogada.

Asimismo, concluye que en el Perú no existe un marco normativo explícito que regule la maternidad subrogada, ni para declararla nula, ni para admitirla. Sin embargo, esta es una práctica real que ha sido expuesta principalmente a través de fuentes periodísticas que develan la forma clandestina e ilegal con la que actúan algunas personas y clínicas involucradas. Esta situación evidencia, no solo el tratamiento irregular de la maternidad subrogada en el Perú, sino esencialmente, el vacío legal que impide su control y dificulta la resolución de controversias derivadas de esta práctica, razón por la cual resulta necesario y relevante adoptar medidas que de forma explícita ordenen esta realidad.

### **1.2.3 A nivel local**

Pérez (2015) en su investigación titulada: Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú, desarrollada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, concluye que hasta la década del '70 la idea de fecundación como inicio biológico de la vida era universalmente aceptada, pero la aparición de nuevas formas de contracepción desencadenó que el concepto de fecundación (concepción) ya no sea visto como el evento inicial de la vida del individuo, sino como un acontecimiento relativamente trivial, generándose nuevos planteamientos sobre el inicio de la vida que tomaron más fuerza con la aparición de las Técnicas de Reproducción Asistida. Por eso, es que mediante la aceptación teorías que no sean la de la concepción. Se da luz verde a la contracepción, implementación procedimientos de manipulación embrionaria como las Técnicas de Reproducción Asistida, la congelación de embriones, el diagnóstico genético pre implantatorio entre otras.

Vega (2017) en su investigación titulada “Aplicación del principio *mater semper certa est* en los casos de útero subrogado” realizada en la en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo de Chiclayo, concluye que en la técnica de útero subrogado aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *matersemper certa est*, ya que en el ordenamiento jurídico peruano vigente, la

determinación de la misma supone la reunión de dos supuestos: el hecho del parto y la identidad del hijo; no obstante, cuando se pretenda obtener la filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por cuanto la maternidad en este caso queda comprobada por la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la relación filial materna de los menores nacidos bajo dicha técnica. En consecuencia, si existe controversia en la determinación de la maternidad deberá fundamentarse la precisión de la misma en la identidad genética que recae en el principio de la verdad biológica, ya que si se persiste en aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de útero subrogado se afectará la filiación materna del hijo nacido mediante dicha técnica.

### 1.3 Marco teórico

#### 1.3.1 La familia

##### 1.1.3.1 *La familia a lo largo de la historia*

(Valencia, 2016, p. 644) explica que la evolución del ser humano ha sido producto, no sólo de cambios biológicos, sino también de la modificación social de su conducta, es así, que llega a crear la familia. Pero esta creación no nace de una manera brusca tiene su origen en explicaciones naturales de evolución psicológica, a través de los cuales, las personas, sin saber cómo ni porqué, empiezan a unirse y reproducirse de manera espontánea, en un inicio los seres humanos vivían por pulsiones que no se explicaban a través de la razón, lo que dio origen al desarrollo biológico y social.

A lo largo de la historia, la familia ha seguido la siguiente evolución (Valencia, 2016, p. 644):

- **Desde el punto de vista antropológico**, no hay consenso en los autores en establecer cómo surge la familia, si es por una evolución lineal, fusión consanguínea o por afinidad. Sin embargo, lo que queda claro es que la familia genera un sistema de parentesco desde las sociedades primitivas.

- **En la antigua Roma**, una familia no solo estaba conformada por hombre, mujer e hijos, sino que el centro giraba en función del pater familia y se conformaba además de los hijos, los nietos y la esposa, también por las concubinas, los esclavos y los clientes. De esta manera, el derecho del pater familia permitía que pueda disponer de cualquiera de ellos, no solo para venderlos sino hasta para matarlos, sin que sus decisiones puedan ser acusadas por alguna culpa.
  
- **La familia cristiana**, surge durante el Imperio Romano y sobrevive a su caída luego de la toma del imperio por Alarico I y la abdicación de Augustulo frente a Odoacro (476 D.C.), a esto se suma la teología impuesta por San Agustín y la intervención de Justiniano, lo que permitió la configuración de una familia que basaba su explicación en la historia religiosa de Adán y Eva, en la cual, el padre (Dios), exige al primer hombre y mujer la conformación de familias nucleares, sin embargo, como los psicólogos recientemente han demostrado, la influencia religiosa no ha impedido que actualmente haya un nuevo comportamiento social referente a la familia, el cual ha dejado de ser, en la mayoría de los casos nucleares.
  
- **La familia moderna**, surge entre el modelo religioso y la lucha de los derechos individuales de las personas. Es así, que la configuración de la familia, actualmente, se ha definido en función de los periodos de guerras que ha habido: desde las cruzadas, las guerras napoleónicas, la primera y segunda guerra mundial. Todo ello, ha permitido que en el mundo existan teorías para comprender los fenómenos que nos rodean. De esta manera, se ha considerado válida la respuesta para resolver los problemas del ser humano, el que muchos de los problemas del desarrollo social, tiene sus causas en el crecimiento de los seres humanos sin padre, madre o hijos. De esta manera, las guerras han configurado, en mayor o menor intensidad, una afectación a la humanidad y a la constitución de los núcleos familiares.
  
- Actualmente, los constantes cambios productos de la modernidad tecnológica, permiten una invasión a la privacidad nunca antes vista en la

historia, la persona se autoexponen y exponen realidades fantasiosas como si fueran reales.

La familia, como se ha visto a lo largo de la historia, ha sido entendida como un núcleo esencial y tal vez como la principal institución de la sociedad, porque a través de ella, los seres humanos transmiten su forma de pensar, disciplina, mitos, economía, religión y diversos comportamientos que permiten que la persona se adapte a la sociedad. Todo eso a través de la proyección de las figuras paternas y maternas que se proyectan en los hijos. Por ese motivo la familia, hoy en día, no sólo puede ser entendida como el conjunto de elementos o características que se pueden leer en los libros o Biblia, por el contrario, una familia es el producto de un complejo proceso humano que es individual y colectivo a la vez. Esto quiere decir, que la interacción humana con otra persona, a través de la historia, ha permitido el desarrollo social y político que ha tenido como base fundamental la familia histórica (Valencia, 2016, p. 646).

La influencia que tiene la familia en la sociedad fue establecida por primera vez por Lewis Morgan, un antropólogo norteamericano nacido en 1818. Para Morgan la estructura y forma de las familias se relacionaban directamente con la estructura y forma de la sociedad. De esta manera, se considera la familia como una institución que no era estacionaria, que por el contrario, ha pasado de una forma inferior a otra superior a medida que las sociedades han ido avanzando y desarrollándose debido al avances científico (Benítez, 2017, p. 59).

A partir de los años 50, el mundo vivió vertiginosos cambios políticos, económicos, culturales, sociales y demográficos que tuvieron una gran influencia en la manera cómo se aceptaba y se regulaba ciertas disposiciones y prohibiciones matrimoniales. Es así, que en distintos países surgieron movimientos feministas y el reclamo de igualdad de los sexos que hasta ahora se tiene. Sumado a ello, se puede observar el incremento de la mujer en la actividad económica, las nuevas obligaciones de hombres y mujeres por igual sobre los hijos, las tecnologías de información, la conectividad mundial y la divulgación cultural lo que han permitido cambios en la familia tradicional (Benítez, 2017, p. 59).

Esto fundamenta por qué no se puede encontrar una definición única para establecer el término familia, pues recordemos que lo que era familia en la época romana, no puede ser entendida igual ahora. De esta manera, no se puede decir que familia es un grupo que está integrado por un hombre una mujer e hijos socialmente reconocidos, nuevos modelos tradicionales han dado paso a formas distintas de familia, muchas veces ensambladas, que cumplen la misma función de las familias tradicionales (Benítez, 2017, p. 59).

Por ese motivo, cuando se intenta definir a la familia, se debe pensar en las condiciones históricas en la cual se lo está definiendo. De esta forma, se podrá entender las relaciones que existen entre los miembros de la familia y la integración de cada uno de esos individuos con la sociedad para poder definir familia y así saber cómo estaban conformadas las estructuras institucionales.

Frente a la tradicional definición que se tiene de familia, han aparecido nuevas tendencias que se pueden observar a través del rápido incremento de uniones libres o de hecho, sin que esto signifique que el matrimonio está desapareciendo como institución. Esto permite tener distintos tipos de familia con distintas definiciones entre ellas. Tenemos, por ejemplo, la familia homoparental. Esta familia se refiere a aquella que se compone por dos hombres o dos mujeres, ya sea que tengan hijos o sin ellos, que los hijos sean biológicos o sean adoptados. Ese tipo de familia crece continuamente y origina un gran debate público obligando a que los países revisen su legislación para regular sus uniones civiles (Benítez, 2017, p. 59).

Respecto al matrimonio, se ha visto que se ha incrementado el número de divorcios y separaciones, es más, ahora las mujeres consideran que casarse es un acto que debe de ser realizado luego de que hayan cumplido sus metas personales, de esta manera, ha cambiado la concepción del matrimonio, pues ya no se ve la conveniencia para toda la vida. Esto no ha evitado que las personas se unan para hacer vida en común, pues ha surgido relaciones afectivo conyugales sin el matrimonio, con proyectos de vida compartido y con una relación de pareja aceptada que antes no se podía legitimar (Benítez, 2017, p. 59).



### 3.3.1.2 *Definición de familia*

La familia siempre ha sido considerada como una de las instituciones más importantes para el desarrollo sociocultural del hombre, por ese motivo su análisis sobre la conceptualización, estructura y conformación ha permitido establecer que es una institución dinámica de acuerdo a las necesidades que debe satisfacer de la época (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219).

Es así, que se puede establecer que las familias han cambiado, pues han cambiado los modelos, tipos, composición e integración que presentan. Así, se tiene (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219):

- Para poder definir familia es necesario empezar desde una visión antropológica, esto es desde el parentesco, la cual concibe a la familia con un elemento que brinda una estructura dinámica para los cambios sociales y adaptarse culturalmente a una sociedad. El parentesco, para la antropología es indispensable y la considera como un determinante primario del destino de una persona, de esta manera le proporciona aspectos psicológicos en un entorno cultural que le da una posición social basada en los genes compartidos y la confianza mutua.
- Desde el punto de vista demográfico se observan diferentes tipos de familia en función a su tamaño, es decir al número de integrantes. Cuando se realizan estudios demográficos se busca articular fenómenos y movimientos sociales que han repercutido indirecta o directamente en las familias.
- Desde la etimología, la familia deriva de los siervos y esclavos, la cual permitió abrir el campo semántico que incluyó la esposa e hijos del paterfamilias, dueño legalmente de la vida de sus integrantes familiares.

Actualmente otros autores consideran a la familia como instituciones base de cualquier forma social, la cual le da sentido sus integrantes y los prepara para las diversas situaciones que se le presentarán en el futuro (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219).

Otras definiciones consideran a la familia como una organización única, que se constituye como la unidad básica de la sociedad, y por el hecho de constituirse en institución permite la creación, recreación, aprendizaje y transmisión de símbolos, cultura y valores. En ese sentido la familia culturiza y cuida sus integrantes a través de lazos de parentesco ya sean consanguíneos o afines (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219).

Como es sabido la familia es dinámica, por consiguiente, no solamente cambia con los tiempos, sino que la misma familia puede cambiar según el desarrollo de sus integrantes, de esta manera pasa del noviazgo a los primeros años de matrimonio, luego a la paternidad, la madurez y finalmente la vejez. Todo ello obliga a que las relaciones familiares se modifiquen para que ellas permitan el desarrollo de sus integrantes.

Cuando se habla de familia y de estas modificaciones hay que considerar tres dimensiones para captar la realidad de la vida familiar a través de su composición y relaciones externas, estas son (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219).:

- La primera es el grupo de personas que conviven en el mismo hogar, en el que la amplitud y las reglas de los residentes se dividen en tareas iguales.
- La segunda es la dimensión de autoridad y de afecto interior que los residentes del hogar tienen entre sí y que van a sentar las bases de la forma en cómo se interactuará y se tratarán las emociones y sentimientos entre los integrantes.
- La tercera son las relaciones entre los distintos grupos que se forman en los corresidentes con lo mismo lazo de parentesco. Hablamos por ejemplo de los hermanos que realizan actividades diferentes a la de los padres o los tíos que, aun viviendo en un mismo hogar, se ven poco, pero que se ayudan para conservar los recursos económicos, poder y prestigio.

Estos tres elementos permiten la configuración de múltiples dinámicas sociales que pueden impactar en la forma en cómo se relacionan los integrantes de la familia frente a la sociedad, estas relaciones se modifican con los años de acuerdo al desarrollo de sus integrantes (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219).

De manera contemporánea se puede afirmar que la familia es una forma de organización para la gestión de la cotidianidad, esto quiere decir que las actividades cotidianas de las personas se organizan y se desarrollan en función de la familia, de esta manera se puede comprender cómo se conforman las estructuras internas familiares y cómo se interacciona socialmente de acuerdo a ciertos aspectos como la calidad de vida. De esta manera la familia es, entonces, un ambiente de interacción, la cual da vida, sentido y una interpretación socializadora dentro del desarrollo humano (Gutiérrez, Díaz y Román, 2017, p. 219).

### **3.3.1.3      *Protección de la familia a nivel constitucional***

Los estudiosos de la Constitución han coincidido en que el derecho constitucional tiene tres etapas: La primera desde finales del siglo XVIII hasta el siglo XIX, la segunda hasta la primera mitad del siglo XX y, la tercera, lo que va después de la Segunda Posguerra. De esta manera las constituciones se universalizan a través de documentos escritos en la que se encuentra una estructuración teórica que establece instituciones jurídico-políticas para posibilitar regímenes de gobierno en un nuevo orden político y económico (Villabella, 2016, p. 104).

En ese entorno no solo surgen las regularizaciones y poderes públicos, sino también las legitimaciones de los derechos ciudadanos. Es así que bajo esta perspectiva la Constitución cumplía dos roles: El instaurar y limitar los regímenes políticos y el de buscar la consagración de la igualdad de los ciudadanos ante la ley (Villabella, 2016, p. 104).

Gracias a esta perspectiva se forma de manera teórica los modelos de estado social de derecho, también conocido como estado de bienestar, en el que su nivel intervencionista y redistributivo busca corregir aquellas deficiencias del liberalismo y brindar condiciones económicas vitales junto con estándares mínimos de justicia social para los ciudadanos. Esto generó la validez de la intromisión del derecho público en aquellos ámbitos en los que antiguamente sólo valía la autonomía de la voluntad privada, como es el caso de la familia. De esta manera se normativiza la familia en las constituciones para entender su trascendencia social que legitimó la acción tutiva y control del poder público.

Actualmente se puede notar que el control de la familia se hace a partir del Derecho Civil (Villabella, 2016, p. 104).

Es decir, se reconoce la familia no únicamente como un pilar del desarrollo del Derecho Privado, sino también como una institución importante para la moralidad pública, que permita la conservación de la especie y lograr el aumento de la población y la solidez política del Estado (Villabella, 2016, p. 104).

Cuando se incluye la familia en la Constitución se busca dar a esta un sentido amplio de manera política, es decir, le entrega a la familia un rol predominante en la sociedad y en el estado. Los referentes más antiguos son (Villabella, 2016, p. 104):

- El primer referente de la inclusión de la familia en la Constitución es la Constitución de Weimar de 1919 que concibió la importancia de la familia para el desarrollo social y configuró la institución de familia conyugal, la igualdad que tienen los cónyuges y como el estado está obligado a proteger tanto a la familia como la maternidad.
- Posteriormente, en 1931, la Constitución española incrementó la importancia a la familia al regular aspectos económicos y culturales de situación agregando aspectos como la igualdad de filiación, la igualdad que tenían los padres de mantener y educar a sus hijos. así como proteger a los ancianos al final de sus días.
- El siguiente antecedente es la Constitución irlandesa de 1937 que estableció que era una institución natural, brindando la importancia a la mujer en un rol doméstico, no concebía la disolución de matrimonio y obligaba que la familia sea el educador primario y natural de las personas dando la libertad para que escojan la educación religiosa y moral que deseen.
- Seguidamente la Constitución italiana de 1947, que surge luego de la Segunda Guerra Mundial y que regula constitucionalmente aspectos como el matrimonio y la capacidad de los padres.

— En América Latina se adopta una postura expansionista, teoría de textos constitucionales medicaron capítulos al desarrollo de la familia, a diferencia de las constituciones argentinas y mexicanas que no le brindaron la importancia debida no solo a la familia, sino también al matrimonio como pilar fundamental de la sociedad que debe ser protegida por el estado.

#### **3.3.1.4      *Protección de la familia en la Constitución Política del Perú***

La Constitución Política del Perú incluye como parte de los derechos sociales y económicos la protección a la familia y la promoción del matrimonio. En ese sentido, la Constitución estipula lo siguiente:

*Artículo 4°.- Protección a la familia. Promoción del matrimonio*

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

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

Como se aprecia, la Constitución brinda una protección especial a la familia y la promoción de matrimonio y esta viene desde dos lados, en un extremo se encuentra la comunidad la cual está conformada por todas las personas e instituciones que conforman la sociedad peruana y, en segundo extremo de protección, el estado. El estado, como se sabe, es la organización política que se encarga de ejercer poder otorgado por el pueblo para el bien común, por ello entonces que al ser una de sus funciones el bien común, necesariamente debe velar por una de sus instituciones principales como es la familia y el matrimonio. Respecto al matrimonio, la Constitución dice que debe ser promovido. Eso significa que el Estado está obligado a realizar campañas con el objetivo de que los ciudadanos busquen la formalización de sus relaciones para que se consoliden en hogares estables (Villarán, 2016, p. 158).

Asimismo, la Constitución reconoce que la familia y el matrimonio son instituciones naturales y fundamentales de la sociedad. Al decir que son naturales reconoce que el ser humano forma una familia como parte de su naturaleza y sin la cual no se podría desarrollar. Al considerarla como fundamental en la sociedad se le otorga el nivel de sostén social, es decir, que es la base para la forma y estructura con la cual se va a desarrollar la sociedad en beneficio de todos (Villarán, 2016, p. 158).

### **1.3.2 El embarazo subrogado**

El desarrollo de la ciencia no solo es haber metido cambios increíbles en nuestra sociedad y modificar nuestro entorno natural, sino también, crear la posibilidad, a nivel biológico, de permitir el nacimiento de seres humanos. Estos descubrimientos científicos y tecnológicos han logrado grandes progresos en las técnicas de reproducción humana asistida las cuales han brindado esperanza y solución a los problemas de muchas mujeres que eran infértiles, evitando que inicien un proceso de depresión y ejerzan su maternidad biológica como lo desean. Como se sabe, el problema de la infertilidad está muy expandido en el mundo, según los estudios, se estima que el número de parejas estériles se incrementa cada año, no tanto por el aumento de patologías que causan la infertilidad sino ante contextos clínicos diferentes, entre ellos, la postergación que realizan las parejas de traer hijos al mundo lo cual provoca que ciertas condiciones biológicas no sean las más adecuadas para poder concebir (Ibeas, 2016).

En ese sentido los especialistas en reproducción humana asistida han desarrollado diversas técnicas que pueden lograr que las personas que no pueden tener hijos afronten exitosamente los procesos de procreación. Lamentablemente la ciencia no se desarrolla al igual que el derecho siendo esta última una ciencia más estacionaria que requiere de análisis más profundos para cambiar, es el caso de la maternidad subrogada, gestación subrogada o también conocida como vientres de alquiler que son una vía alternativa que busca dar la posibilidad de ser madre y, en algunos casos, ante mujeres que no quieren sufrir los problemas del embarazo, permitir que sean madres a través de otra mujer (Ibeas, 2016).

El interés de las pacientes por acudir o someterse a la procreación a través de la gestación subrogada ha aumentado en los últimos años, sobre todo si consideramos que ya existen ciertos derechos colectivos de familias homosexuales que se están reconociendo en los Estados, lo cual está rompiendo el modelo de familia tradicional y de quienes buscan concebir niños en un esquema en el cual biológicamente es imposible (Ibeas, 2016).

Por ese motivo se han incrementado, de manera acelerada, aquellos centros especializados en la gestación subrogada que actúan en países como el Perú, en los cuales no se han regulado adecuadamente la práctica. Esto genera que familias de otros países lleguen al Perú en una especie de turismo procreativo que busca aprovechar las deficiencias normativas para solucionar problema de infertilidad y formar familias (Ibeas, 2016).

### **1.3.2.1 *Historia de la maternidad subrogada***

El primer caso que se encuentra documentado acerca de la maternidad subrogada se realizó en Michigan, en 1976, en la cual una mujer gesta al hijo de otra persona y lo registra como suyo (Emakunde, 2018, p. 3)

También se tiene conocimiento de un caso de maternidad subrogada que se remonta al año 1984. En aquella primera ocasión se logró el implante de los óvulos de una mujer que no tenía útero a una amiga. Nueve meses después, esta mujer dio a luz a un varón con el cual no tenía ningún vínculo genético. Desde entonces la maternidad subrogada ha sido desarrollada en muchos países, algunos de los cuales la han legislado adecuadamente para prevenir riesgo de la salud, tanto para la madre como para el niño (López, 2017, p. 200).

Uno de los antecedentes legales más importante que se tiene acerca de los problemas que genera la maternidad subrogada nos lleva hablar del caso Baby M, el cual es un acto similar a un juicio salomónico: un juez norteamericano, en el año de 1987, validó un contrato mercantil y otorgar el bebé a la pareja que había contratado a pesar de que la madre uterina, la cual había desarrollado en su vientre un feto producto de una fecundación de un óvulo que no era el suyo, tenía la pretensión de quedarse con el niño (Guerra, 2017, p. 41).

A partir de entonces en el mundo se han presentado muchos casos para resolver los conflictos que se dan entre las mujeres que dan el óvulo y aquellas que desarrollan al bebé en su vientre. Debido a que el desarrollo científico permite que la labor de la procreación se pueda desdoblarse en tres fases, que no las lleva necesariamente una sola persona, es que se producen conflictos de intereses. Los tres aspectos de la materia subrogada son (Guerra, 2017, p. 41):

- El primero es el aspecto genético, en el cual se tiene a la donadora de un óvulo que es fecundado y que posee toda la carga genética de la donante.
- El segundo aspecto es el uterino, es decir, aquella persona que realiza la gestación propiamente dicho y que brinda su útero como un medio de desarrollo del óvulo que no le pertenece, es decir, biológicamente se encarga de alimentarlo cuidarlo, sin embargo, el origen de ese feto no proviene de ella.
- El tercer aspecto es de la crianza, que es en el que existe más conflicto, pues las mujeres que desarrollan un óvulo que no es el suyo pelean por ejercer su maternidad sobre los que consideran como sus hijos.

En el mundo el deseo de formar una familia es algo universal y legítimo, sin embargo, los últimos conflictos que han surgido al respecto sobre la maternidad o paternidad de los fetos de los bebés, deben ser considerados para poder legislar de manera adecuada la forma en cómo se llevará a cabo la maternidad subrogada, de esta forma tanto las madres, los padres y los bebés podrán garantizar la estabilidad del hogar y que las familias se formen en la mejor armonía (Guerra, 2017, p. 41).

Hoy en día se estima que al año en el mundo nacen un promedio de 20,000 niños bajo la técnica de la maternidad subrogada. De ellos, se ha calculado que existe un gran porcentaje de parejas que se someten a esta práctica en los países en los cuales no existe una regulación adecuada (Emakunde, 2018, p. 3).



### **1.3.2.2 Definición de la maternidad subrogada**

La maternidad subrogada ha recibido muchos términos a largo del mundo. Se tiene, por ejemplo, que se le conoce como gestación subrogada, vientre de alquiler, gestación por sustitución o subrogación gestacional, todas ellas hacen referencia a un mismo fenómeno que se caracteriza por el hecho de que una mujer se presta a gestar a un niño en su vientre, para luego de que nazca, entregarla a la madre o padre que se han encargado de asumir su responsabilidad y de los cuales proviene el óvulo fecundado, es decir, son los portadores de la carga genética del infante (Emakunde, 2018, p. 5).

El término “alquiler” pues surge generalmente cuando la madre que se encarga de llevar al niño en su vientre hace un contrato en el cual se contempla un compromiso económico por la gestación que llevará a cabo, a ella se le conoce como la mujer o madre gestante, madre por sustitución, portadora del feto o gestante de alquiler. La madre por sustitución, para poder ser tal, se somete a una técnica de reproducción asistida la cual tiene como objeto la implantación de un óvulo con éxito que proviene de otra pareja a la cual se le conoce como pareja comitente, madre o padre subrogante o madre o padre intencional o aspirante. De esta manera el padre o madre subrogante se comprometen en entregar una prestación económica a la gestante de alquiler luego de que el niño haya nacido. De esta manera, el vínculo de filiación con la mujer gestante pasa a segundo plano y prima el aspecto económico que va a determinar la entrega del nacido (Emakunde, 2018, p. 5).

Ese tipo de prácticas comúnmente requiere la renuncia de ciertos derechos de filiación por parte de la madre por sustitución, los cuales son transferidos a la madre o padre subrogante por la remuneración económica contratada (Emakunde, 2018, p. 5).

Como se puede observar, existe un sin número de fenómenos que surgen a partir de esta relación contractual. En primer lugar, hay que tener en claro que existen dos aspectos importantes que se deben considerar: en el primero existe una relación biológica del recién nacido tanto con los progenitores que dieron el óvulo como con la madre que lo tiene en su vientre, si bien es cierto que ella no le brinda carga genética, sí comparte órganos de su cuerpo con el que le sirven para alimentarlo y desarrollarlo. El segundo aspecto importante

que hay que tener en cuenta es el legal, ya que de acuerdo a la legislación de cada país se forma un vínculo entre la madre y el recién nacido el cual es reconocido como la maternidad, aspecto que no se le atribuye a la madre o padre subrogante por la legislación. Solamente se le reconoce el derecho a quien lo alumbró. Por ese motivo, es importante la normatividad de esta especie de contrato que debería permitir adquisición de ciertos derechos para evitar juicios a futuro (Emakunde, 2018, p. 5).

En ese sentido, se puede definir como maternidad subrogada al nacimiento de un niño el cual ha sido gestado por una mujer distinta a la que dio el óvulo. En otros casos se ha presentado que una mujer porta el óvulo fecundado por un varón, pero la mujer no desea tener al hijo, lo cual, como se ha podido observar, tiene una implicancia no solo legal sino también filial, surgiendo sentimientos de la madre en el niño o niña.

Desde el punto de vista jurídico el término correcto para denominar a las partes contractuales, en el caso de la maternidad subrogada, es el de padres comitentes debido a que se encargan de contratar los servicios de gestación para luego adoptar al niño, mientras que la otra parte se llama madre gestante o madre subrogada y es la mujer a la cual se contrata para que pueda llevar en su vientre el feto. Esta forma de reproducción se presta tanto la aplicación de la familia biparentales de hombre y mujer, como en las parejas homosexuales, varones o mujeres, así como en aquellas en la que solo está el hombre o la mujer (Jouve, 2017, p. 154).

### **1.3.2.3 Tipos de maternidad subrogada**

Si se toma en cuenta la procedencia de los gametos que han dado origen al embrión que ha sido fecundado de manera íntegra y que se logró anidar en el útero de la madre gestante, es posible distinguir varios tipos de subrogación (Jouve, 2017, p. 154):

- La subrogación sin donación: este tipo de subrogación es aquella en la cual los padres comitentes son ajenos al desarrollo embrionario, es decir, tanto el óvulo como el espermatozoide no les pertenecen a los padres comitentes, la cara genética del embrión no se la puede hallar en los padres que contratan el vientre, pues el óvulo puede ser tanto de la mujer que lleve el embrión como de otra que no es ni la comitente la subrogada.

- La subrogación por donación total: ese tipo de subrogación se produce cuando ninguno de los dos gametos proviene de los comitentes, se entiende que el embrión que ha sido desarrollado en el vientre de la mujer es producto de la donación anónima de terceros, por ese motivo se observa que no existe carga genética ni por parte de la madre, que desarrolla el niño en su vientre, ni los adoptivos.
- La subrogación parcial de comitente: ese tipo de subrogación se produce cuando los gametos pertenecen ya sea al padre o a la madre comitente y el otro se consigue a través de un donante, en cuyo caso se entiende que existe una semi vinculación genética entre alguno de los padres comitentes y recién nacido, por ello se tiene que el niño tiene el 50% de los genes de alguno de los comitentes.
- Subrogación por donación parcial de la gestante: este tipo de subrogación se produce cuando la madre que ha decidido gestar al bebé aporta el óvulo, lo cual origina que el 50% de la carga genética está vinculada a la madre gestante.

Debido que la maternidad subrogada puede haber sido realizada por familias naturales, es decir, hombre y mujer, así como por familias monoparentales o biparentales, es que actualmente la práctica de esta técnica de reproducción asistida necesita la implicación de muchas personas, estas son:

- La madre genética biológica: hace referencia a la mujer que dona el óvulo la cual puede ser a su vez la madre gestante, la madre comitente o una donante voluntaria ajena a las dos.
- El padre genético o biológico: que hace referencia a que el varón que dona el esperma, que tal como sucede en la madre genética biológica, puede ser la pareja de la madre comitente o un voluntario donador anónimo que brinde el esperma para la fecundación del bebé.

- La madre gestante o fisiológica: que como se puede entender es aquella mujer que lleva en su vientre el feto durante el desarrollo de todo el embarazo para luego entregarlo a la mujer comitente.
- El marido o la pareja de la madre gestante: hacemos referencia a la pareja de la mujer que lleve en el vientre del feto sin que este tenga un vínculo genético con el producto del embarazo.
- La mujer o varón comitente que ha encargado el bebé.

Como se observa, existe un gran número de participantes y correlaciones complejas en la cual se puede apreciar la posibilidad de una infinidad de conflictos que buscarían la disputa sobre los derechos del niño.

### **1.3.2.3 Motivaciones de la gestante subrogada**

Si bien es cierto, desde el punto de vista moral, muchos podrían estar en desacuerdo con la maternidad subrogada y calificar a las madres gestantes por la falta de afecto y amor hacia el producto del embarazo, se ha podido establecer alguna de las razones por las cuales una mujer, que, por tener un hijo en un vientre por nueve meses, lo entrega a otra. Entre las zonas principales se ha establecido que está el altruismo, condiciones económicas o la reparación. Hay que tener en cuenta que es importante establecer qué razones obligan a una mujer a participar en un contrato de subrogación, pues existe evidencia que los niños pueden ser afectados a largo plazo, lo que afectaría también a la sociedad en plena (López, 2017, p. 200).

- El altruismo: cuando hacemos referencia al altruismo nos referimos al deseo que tiene las personas de ayudar de manera desinteresada a otra. Algunos teóricos coinciden en que el altruismo requiere como característica la empatía.

En ese aspecto hay que tener en cuenta que si el acto involucra una transacción económica en la subrogación ya no estaríamos hablando de altruismo. Sin embargo, independientemente de ello, llama la atención

observar como en muchos aspectos se toma la maternidad subrogada como algo altruista y obvia el aspecto económico de la contratación. Claro esta que este es una forma de comunicarlo estratégicamente en el mercado para poder obtener más mujeres que presten sus vientres para el desarrollo de los fetos. Una investigación que pretende explicar este fenómeno es el estudio que se realizó en Collins, en la cual se logró entrevistar a personas, que habían estado involucradas en caso de subrogación en la India. La investigación logró evidenciar de que las personas entrevistadas creían que su comportamiento durante la contratación de subrogación había sido altruista y que el dinero recibido no desvirtuaba la motivación que tenían para realizarlo, sin embargo, también se dio evidencia de que en la mayoría de los casos esta solidaridad gestacional que se manifestaba lo único que hacía era enmascarar el contrato pecuniario de subrogación (López, 2017, p. 200).

- El interés económico: muchas de las investigaciones realizadas acerca de la maternidad subrogada han identificado que las mujeres que se someten al vientre de alquiler tienen una desesperación económica que los motiva a aceptar el trato. Y mucho de los casos se ha documentado en la India, que las mujeres necesitaban dinero para tratamientos médicos de algún familiar cercano. Por eso, se conoció que a las mujeres se le pagaba sumas de dinero elevados para tratamientos médicos. Otros estudios en Norteamérica indicaban que nueve de cada diez mujeres que se ofrecían a ser contratadas como madre subrogada lo hacían por aspectos económicos. Sin embargo, en muchos de los casos se intenta no hacer alusión a este aspecto y lo hacen suponer como altruista.

Eso es una práctica constante, el dulcificar la transacción económica y considerarla desde una perspectiva distinta, es decir, el proceso de subrogación se observa como la entrega de un regalo de vida que una madre hace a otra que no tiene la dicha de concebir. Así también los futuros padres perciben que sus transacciones económicas no son frívolas, sino que, por el contrario, ayudan a la madre gestante a cambio de un sacrificio para que

pueda recibir una mejor educación, artículos para su hogar y salud para su familia (López, 2017, p. 200).

- La reparación: el siguiente factor a considerar y que motiva a las madres a realizar tácticas de subrogación es el de reparación, el cual señala que las mujeres ofrecen su servicio de maternidad subrogada con el objeto de reparar algún pasaje de su vida, es decir, disminuir un sentimiento de culpa por la pérdida de un embarazo o aborto anterior, por lo que intenta llenar ese vacío dando vida y haciendo feliz a otra familia.

Lamentablemente, las investigaciones han mostrado que no existe una verdadera reparación de la causa principal, lo que hace suponer que las mujeres que ofrecen su útero para que otras mujeres puedan ser madres no logran el objetivo de reparar daños pasados. Por ese motivo, se establece que el factor reparativo es una estrategia que la entablan aquellos interesados en convencer a las mujeres de que acepten el proceso y se realice el contrato de subrogación (López, 2017, p. 200).

#### **1.3.2.4 Maternidad subrogada y dignidad humana**

Actualmente existen países en los cuales se acepta de manera legal la maternidad por subrogación, en los cuales se ha normado la manera de contrato entre las partes para permitir que esa especie de transacción comercial se lleve en armonía. Al proceso de servicio se le ha denominado servicio gestacional, de esta forma, el cuerpo de la madre, con todas sus características físicas y psíquicas racionales y emocionales, son objeto y un trato comercial de tipo económico. La mayoría de los casos este tipo de transacciones son bien recompensadas, debido a la evidente traumatismo físico y psicológico que un embarazo puede traer a la mujer. En ese sentido, se observa la mercantilización de una de las funciones humanas más importantes de la sociedad la reproductiva (Aparisi, 2017, p. 168).

Por ello, los teóricos intentan establecer si a lo largo de la historia se evidencian rastros de este tipo de actividades, y los primeros se hallan en la antigua Roma en la que sus sistemas jurídicos sirven de base para la relación que tenemos ahora en sociedad. De

acuerdo a la antigua legislación romana existía el paterfamilias con libre disposición de las personas y los objetos que incluyen también disposición libre del cuerpo humano de su familia. Como se ve, esto contradice las actuales posturas de las normas a nivel del mundo que buscan el desarrollo del principio de la dignidad humana (Aparisi, 2017, p. 168).

Desde esa perspectiva, muchos teóricos están contra de la subrogación pues consideran que la vida no puede estar sometida a una compensación económica tal y cual como la venta de la donación de órganos (Aparisi, 2017, p. 168).

Sin embargo, otros estudiosos del derecho perciben el problema desde una postura distinta, pues consideran que es preferible la regulación de este tipo de maternidades asistidas que prohibirlas, ya que eso aseguraría un tratamiento de calidad que resguarda la salud de todos los involucrados en ella. Claro está que hay un sector que considera que la maternidad subrogada debería ser libre y que no tenga ningún problema moral y ético (Aparisi, 2017, p. 168).

De esta forma, para muchos, la dignidad de la persona a través de la maternidad subrogada llevaría el debate pues la realización de ella no se hace de manera obligatoria, sino que es una decisión voluntaria que toma la madre en función a la libre disposición de su cuerpo que tiene y cuyo ejercicio no afecta los derechos de nadie. La maternidad subrogada dista mucho de ser asimilada completamente por la sociedad en la cual se practica, en la cual los diferentes sectores tienen posturas distintas, que giran en torno a decir que su actividad está de acuerdo a los principios de la dignidad humana y que buscan proteger todos los estados (Aparisi, 2017, p. 168).

### **1.3.3 Derecho humano de formar una familia**

#### ***1.3.3.1 Los derechos humanos***

Hablar de Derechos Humanos es hacer referencia a aquellos derechos que toda persona tiene en virtud de la dignidad humana que posee. Los Derechos Humanos son inherentes a todos. Emiten determinadas relaciones que se van a dar entre los individuos y las maneras como se estructurará el poder, principalmente aquella que es ejercida por el estado. Los Derechos Humanos ponen límites al poder estatal, y de la misma manera,

obligan a que los estados tomen medidas normativas que puedan garantizar que las personas tengan las condiciones necesarias para que puedan disfrutar de los derechos fundamentales inherentes en ella (ONU, 2016, p. 19).

Lamentablemente la historia de la humanidad ha estado plagada de abusos por parte de los que gobernaban. En los últimos 250 años el mundo vivió una revolución que permitió modelar políticamente los países para crear condiciones que permitían la vida de una manera digna (ONU, 2016, p. 20).

Los Derechos Humanos tienen, por consiguiente, como primer momento de su reconocimiento, la Revolución Francesa y Americana que se originó al terminar el siglo XVIII. De esta manera el respeto a los Derechos Humanos fue la Inspiración de muchos movimientos revolucionarios que se encaminaron en poder embestir a cada ciudadano de un poder efectivo que le brinde el control del poder total sobre todo en aquellos que ejercían los gobiernos de turno (ONU, 2016, p. 20).

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el mundo estableció maneras de evitar que matanzas, a la escala que se vio en la Alemania nazi, vuelvan a ocurrir en el mundo, y una manera de hacerlo es fortalecer el reconocimiento de aquellos derechos que ya habían sido desarrollados a partir de la Revolución Francesa. De esta manera el 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas, institucionaliza los Derechos Humanos como un concepto que involucra a cada una de las personas del mundo (Guerrero y Hinestroza, 2017, p. 30).

Para entender un concepto de los Derechos Humanos es necesario hacerlo de manera cronológica, es así que en un primer momento, cuando la concepción del derecho era teológica, se entendía que los derechos eran creados por Dios y que los seres humanos los tenían que descubrir por medio de la razón, de esta forma surgió una posición teológica tradicional que encontraba el origen en una naturaleza divina, por ese motivo los gobernantes imponían su voluntad a través del reconocimiento de su cercanía con lo divino (Guerrero y Hinestroza, 2017, p. 30).

Con el surgimiento del iusnaturalismo teológico se empieza a entender que el derecho es una creación por naturaleza y que son descubiertos por la razón del hombre,



independientemente de la existencia de una divinidad. A esta concepción se le conoce como iusnaturalismo racional. De aquí surge las llamadas proposiciones fundamentales que establecían la última clásica de derecho natural y que buscaba resaltar que el fundamento del derecho tenía como base la naturaleza humana la cual es absoluta, permanente y universal (Guerrero y Hinestroza, 2017, p. 30).

Seguidamente, en el mundo se desarrolla el derecho positivo o iuspositivismo, según esta corriente el fundamento de todos los derechos es la voluntad de los seres humanos y no la razón humana, es así, que los iuspositivistas intentan construir un concepto de derecho a partir de aquellos que es válido para el hombre. Esta concepción aporta al derecho humano pues permite que los mandatos sean expresados aprobados y promulgados por legisladores y que se puedan contener en leyes, es decir permite la concretización, oración y ejecución por parte de los gobernantes garantizando así que el estado cumpla en proteger la dignidad de los hombres (Guerrero y Hinostroza, 2017, p. 30).

Todos los seres humanos tenemos inherente a nosotros derechos individuales y derechos colectivos, en ese sentido se entiende que los Derechos Humanos son la suma de los dos, los cuales deben ser reconocidos tanto por el gobierno, en el cual vive el individuo, así como con los gobiernos de otros países (ONU, 2016, p. 20).

Los gobiernos, y quienes ejercen el poder en él, tiene la obligación de proteger, respetar y hacer todo lo posible para que se cumplan los Derechos Humanos. Ellos se convierten en una base legal con el objeto de reivindicar los derechos del hombre y demandar una reparación cuando se ven vulnerados. Esta posibilidad de demandar y exigir que el estado repare la vulneración de un derecho es lo que lo distingue de otros preceptos que surgen en los sistemas de valores éticos o religiosos (ONU, 2016, p. 20).

Desde una perspectiva jurídica los derechos humanos se pueden definir como la suma de los derechos que como individuo se poseen y los derechos colectivos que se reconocen por los diferentes estados soberanos y que se consagran en las legislaciones nacionales y en todos aquellos tratados y normas de carácter internacional sobre Derechos Humanos (ONU, 2016, p. 20).

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la Naciones Unidas buscaron el desarrollo y el cumplimiento de los hechos Humanos a nivel mundial para ello han desempeñado una actuación en primera fila con el objeto de definirlos y promoverlos continuamente. Como resultado de los Derechos Humanos se ha podido establecer diversos tratados y convenios internacionales que los países del mundo han podido ratificar y que significan, hoy en día, un sistema de valores reconocidos (ONU, 2016, p. 20).

Gracias al desarrollo y la aceptación de los estados por incluir los derechos humanos dentro de su normativa, es que las normas jurídicas que se van desarrollando en los distintos países tienen las siguientes características intrínsecas (López y López, 2015, p. 18):

- Exterioridad: esta es una característica que nos hace saber que las normas no se aplican sobre los ciudadanos basados solo en motivaciones y aspectos interiores, sino que nos hacen saber que lo que se va normar es una conducta observable.
- Generalidad: esta característica nos permite comprender que las normas planteadas son para todas las personas que viven en un estado. Es decir, que no es posible la imposición de normas a un grupo en particular, y si bien en materia de Derechos Humanos, se pueden encontrar normas de tipo especial. Estas, en general, pueden ser cumplidas por todas las personas con las características especiales que la ley hace mención, se tiene por ejemplo las normas para las personas con discapacidades.
- Obligatoriedad: esta característica nos permite saber que las normas no son solo sugerencias, sino que por el contrario se constituyen en reglas para establecer un comportamiento que debe ser realizado obligatoriamente. En una lista del contenido de las normas se puede dar cuenta que en algunos casos son obligatorias, en otras, sin embargo, son prohibitivas, pues su carácter es no obligar a realizar un acto sino a prohibirlo, mientras que otras normas son de tipo permisivo.

- Coercitividad: esta es una característica que permite a las personas exigir que una norma se cumpla por parte de quien no la está cumpliendo, si es posible a través del uso de la fuerza que el estado ostenta.
- Heteronomía: esta característica hace referencia a que las normas tienen una naturaleza externa de carácter impositivo. Que quiere decir, que existen diferentes tipos de normas y que el individuo se impone a sí mismo ejerciendo libremente su autonomía.
- Punibilidad: esta característica nos muestra la prerrogativa del estado de establecer penas cuando se observa que las normas establecidas no se cumplen.
- Bilateralidad: esta característica nos explica que las normas no solo se pueden aplicar en un solo sentido. Se entiende que, si un sujeto es prohibido de realizar una conducta en contra de otro, el segundo también está igualmente restringido de realizar el mismo comportamiento hacia el primero.
- Abstracción: esto nos indica que las conductas, que las normas ordenan, en realidad son abstractas, ya que hace referencia a todos los individuos en general y a nadie en particular.
- Irretroactividad: esta característica impide que se aplique la norma en aquellas situaciones que ocurrieron antes de que esta sea publicada y entren en vigor, de esta manera se evita aplicaciones injustas.

Por otro lado, desde el punto de vista extrínseco de la ley, se tiene a las sanciones, la promulgación, la publicación y la derogación de las normas. De esta manera se pueden activar mecanismos que permitan estas actividades y que dependen de un sistema legislativo de acuerdo a la naturaleza de cada estado, pero que en todos sentidos recae en los órganos legislativos de los países conocidos como parlamentos (López y López, 2015, p. 18).

### **1.3.3.2 Naturaleza de los derechos humanos**

Hans Kelsen, en el siglo XX, estableció un esquema que actualmente se sigue utilizando para indicar la jerarquía que tiene las normas en los sistemas jurídicos que empezaron a implementarse luego de la Revolución Francesa y Americana (López y López, 2015, p. 23).

De acuerdo a lo establecido por el alemán, si se dibuja una pirámide en el cual se coloca en los distintos ordenamientos jurídicos que son parte de un sistema legal, se podrá observar que en la cúspide se halla la Constitución, en el escalón siguiente las Leyes Orgánicas, luego las Leyes Ordinarias, seguido de las Leyes Reglamentarias y, finalmente, los Códigos Administrativos. Gracias a este esquema, y armado por su creador, la pirámide de Kelsen, se puede entender que las normas con mayor peso en cualquier sistema legal son las constitucionales, las cuales tienen dos elementos (López y López, 2015, p. 23):

- El primero está relacionado a los Derechos Humanos y la manera como se los puede garantizar.
- El segundo establece la forma de estructura que debe tener un Estado, así como la manera de gobernarlo.

Así, las Leyes Orgánicas van a establecer la manera cómo se articulan los distintos poderes del estado, siendo estas un eslabón intermedio entre las normas constitucionales y las leyes ordinarias (López y López, 2015, p. 23).

La pirámide de Kelsen establece diferentes clases de normas jurídicas, las cuales están ligadas por una relación de jerarquía entre ellas, de esta manera, los códigos administrativos surgen de manera lógica de las leyes reglamentarias, y éstas, a su vez, son el producto de normas constitucionales. En ese sentido se puede observar que la jerarquía normativa obliga al predominio de la Constitución sobre las demás leyes y ordenamientos jurídicos (López y López, 2015, p. 23).

Siguiendo el positivismo jurídico cuando una norma existe dentro de un ordenamiento y es coherente dentro de este cuerpo normativo, entonces su no

contradicción con las normas constitucionales queda establecida, es así, que su legitimación se considera ya por derecho vigente mientras que su validez se va a establecer a partir de su promulgación y publicación. Sin embargo, para el naturalismo, el derecho formal que actualmente rigen los estados es injusto pues se contradice en determinados principios los cuales tienen su origen en la moral, en Dios o en la naturaleza (López y López, 2015, p. 23).

Es así que desde el naturalismo se desarrolló la existencia de valores que los humanos teníamos de forma indiscutible, que no podían ser establecidos a través de ninguna convención ya que estos no dependían de la sociedad, sino que ellos eran inertes en las personas gracias a su naturaleza racional y social que les permitió evolucionar. Desde esa perspectiva los Derechos Humanos son leyes justas que reconoce los principios naturales de las personas. En ese sentido los soberanos, o jefes de gobierno, deben aplicarlas para garantizar el orden y la paz y realizar acciones que garanticen la libertad de los ciudadanos de sus estados (López y López, 2015, p. 23).

### **1.3.3.3 Derechos civiles y políticos**

Los derechos civiles y políticos son aquellos que buscan proteger la libertad individual de aquellas limitaciones que resulten injustas o se realicen arbitrariamente por el estado u otras organizaciones, y permitan que se garantice la capacidad de las personas de participar activamente en la vida política y civil del Estado sin que sean discriminados o reprimidos por ello. Estos derechos los tienen todas las personas como son el de la vida, la integridad física y moral, la seguridad, la libertad, la prosperidad, el trabajo y la defensa (Alvira y Serrato, 2017, p. 31).

Los derechos civiles y políticos se originan en las libertades, así como en la igualdad que tenemos las personas, y reconocidas en el nacimiento de los estados modernos. Eso fue producto de una revolución que buscó la reivindicación de libertades religiosas, políticas y económicas que se convirtieron en derechos que podrían ser exigidos de manera inmediata (Alvira y Serrato, 2017, p. 31).

Los derechos civiles comprenden, entre otras cosas, garantías físicas para establecer la seguridad de las personas en contra de discriminación contra algún tipo de discapacidad, de género por discriminación o cualquiera de otra índole (Alvira y Serrato, 2017, p. 31).

Los derechos políticos de otro lado, buscan la justicia natural en la ley, esto quiere decir que las personas tengan una equidad procesal al momento de acudir, o que se nos llame, para solucionar algún conflicto de interés. Por ello, todos tenemos derecho a ser sometidos a un juicio justo, a tener un debido proceso y a obtener un monto como reparación cuando nuestros derechos han sido vulnerados (Alvira y Serrato, 2017, p. 31).

#### **1.3.3.4 Derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y colectivos**

Los derechos económicos sociales y culturales buscan garantizar que las personas tengan igualdad en cualquier estado. Eso es necesario para la existencia de un equilibrio entre las diferencias materiales y que finalmente se dé un sentido de igualdad real (Alvira y Serrato, 2017, p. 45).

Este tipo de derechos tienen su base en la justiciabilidad, esto es, que las personas pueden actuar y demandar, a los órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de las obligaciones normadas. A pesar de que parezca que este tipo de derecho no lo tienen, la verdad es que el estado tiene la capacidad para disponer que se pueda cumplir ese tipo de derechos (Alvira y Serrato, 2017, p. 45).

Estos derechos tienen un carácter progresivo, es decir, se va haciendo un logro de cumplimiento de las diferentes obligaciones de los derechos pertinentes (Alvira y Serrato, 2017, p. 45).

#### **1.3.3.5 El derecho humano de formar una familia**

La declaración universal de Derechos Humanos establece en uno de sus artículos el derecho a formar una familia:

*Artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*

*“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*

*2. Solo mediante el libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.*

*3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”*

La asamblea consideró que proteger a la familia era de suma importancia para el derecho a la vida privada. De esta manera, se vería brindar garantías institucionales para que las familias puedan proteger y preservar sus funciones particulares, es decir, los estados deben reconocer legalmente que las familias tienen beneficios específicos los cuales se derivan de su condición familiar. Por ello, es necesario reglamentar todas aquellas interacciones legales que se dan tanto de los cónyuges, las parejas, así como entre padres e hijos. De esta manera, aspectos como la reproducción y su crianza deben ser considerados en legislaciones indispensables para que una sociedad sobreviva y transmita sus instituciones, cultura y valores a largo del tiempo (ONU, 2016, p. 163).

El contraer matrimonio, como parte de un derecho humano, conlleva la necesidad que tiene el hombre de fundar una familia, de esto se desprende otros derechos como son los sexuales y reproductivos, la igualdad que se debe dar entre los cónyuges a proteger la maternidad para que se logre no sólo el desarrollo de los concebidos, sino también de los hijos hasta tener su edad adulta, así como la protección especial que deben tener los niños de acuerdo a los distintos tratados internacionales que buscan eliminar todas formas de discriminación contra la mujer. Todo ello se relaciona directamente con la garantía institucional de la familia (ONU, 2016, p. 163).

Para la Asamblea, los estados están en la obligación de proteger a los niños y no separarlo de sus padres, esto hace hincapié en que los progenitores tienen el derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la cantidad de hijos que desean tener y qué

espacio debe haber entre ellos. Asimismo, se empieza a concebir la idea de que ambos padres tienen las mismas obligaciones y derechos sobre sus hijos, de manera independiente a su estado civil. Otro derecho que es importante, y que se desprende del artículo 16, es el derecho de la reunificación familiar, es decir, la colocación en hogares adoptivos (ONU, 2016, p. 163).

El derecho a la vida privada es un derecho que, entre sus cimientos, alberga la protección de la vida familiar para que no intervengan aspectos arbitrarios o ilegítimos, ni siquiera la que emana de las autoridades estatales. Sin embargo, hay situaciones en las cuales esto puede darse como cuando los padres cometen grave negligencia respecto a sus deberes por lo que el estado debe intervenir en protección de los niños (ONU, 2016, p. 163).

La inclusión del derecho a formar una familia dentro de la declaración universal de los Derechos Humanos, propició el desarrollo familiar en las personas y género otros derechos:

- Derecho contraer matrimonio: esto nos indica que tanto el hombre como la mujer, al llegar a una edad núbil, pueden contraer matrimonio si así lo desea. La declaración universal de los Derechos Humanos ha consignado que este derecho no tiene restricción alguna por ningún motivo, raza, religión o nacionalidad. De esta manera, todos somos libres de casarnos y fundar una familia. El único requisito es que haya un pleno consentimiento de los individuos que contraen matrimonio.
- Derecho a la preparación para la vida conyugal: este derecho permite que todo hombre y mujer tengan la educación integral y adecuada con el objeto de desarrollar la personalidad humana, de esta manera se podrán establecer matrimonios adecuados para la formación de una familia, a pesar de que la educación que se brinde no necesariamente obliga a una persona a casarse, si le permite formarse para estar listo y afrontar una vida conyugal.
- Derecho de la madre en la protección legal y a la seguridad social: a través de este derecho, el cual tiene dos aspectos, se busca proteger a la madre



brindándole un apoyo social. El primer aspecto está referido al concebido, es decir, que toda mujer que está viviendo en embarazo debe tener la asistencia social para garantizar un óptimo desarrollo del concebido; el segundo aspecto hace referencia a toda mujer que ya es madre, y por solo el hecho de serlo debe tener el derecho a una asistencia social por parte del Estado.

- Derecho a decidir sobre el número de hijos: este derecho es una garantía constitucional que permite establecer de manera libre y responsable el número de hijos que se desea tener, de esta manera se pretende buscar la preservación de la dignidad de la familia con el objeto de una distribución racional de los recursos económicos en función al crecimiento que tiene.
- Derecho al ser y al hacer: debido a que el ser humano es un ente sociable por naturaleza y vive en comunidad, debe permitirse el derecho de formar una familia. De esta manera, no solamente se reconoce el hecho de manera empírica, sino también de manera jurídica para que se pueda lograr el fin que es hacer una familia.

#### **1.4 Formulación del problema**

¿Vulnera el impedimento de la maternidad subrogada el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018?

#### **1.5 Justificación e importancia del estudio**

- a. Esta investigación es necesaria porque actualmente en el Perú más de 4500 mujeres promedio al año, están realizando algún tipo de tratamiento para reproducción asistida, por lo que se la debe legislar adecuadamente para garantizar los controles de calidad y no se ponga el riesgo la vida de las madres o los niños.
- b. Esta investigación también es necesaria, por cuanto el derecho debe ir cambiando conforme cambio la sociedad, de no hacerlo, una norma que no

regula el comportamiento contemporáneo de los hombres solo se vuelve un obstaculizador social que, a la larga, perjudica a la sociedad.

- c. Es conveniente, porque hay muchas familias que vienen intentando tener sus familias y las limitaciones que el Estado da a través de la Ley General de Salud solo vulnera sus derechos humanos.
- d. También es conveniente porque, de esta manera, se garantizaría a las familias que no pueden tener hijos y desean contratar servicios de reproducción, la seguridad de acudir a lugares en los que se ofrecen procedimientos seguros y regulados por el Estado.

## **1.6 Hipótesis**

El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que se interfiere en la autonomía reproductiva en las personas y el acceso a servicios de salud reproductiva.

## **1.7 Objetivos**

### **1.7.1 Objetivos general**

Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018.

### **1.7.2 Objetivos Específicos**

- a. Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera la autonomía reproductiva en las familias de Perú, año 2018.
- b. Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el acceso a servicios de salud reproductiva en las familias de Perú, año 2018.

- c. Desarrollar una propuesta normativa que modifique el Artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud.

## **II MATERIAL Y PROCEDIMIENTO**

### **2.1 Tipo y Diseño de investigación**

#### **2.1.1 Tipo de investigación**

La investigación fue de enfoque cuantitativo. Este tipo de investigaciones se utiliza cuando se recopila datos a través de instrumentos documentales de medición, como los cuestionarios que se utilizaron el para la presente investigación. Por otro lado, es de tipo básico por cuanto busca incrementar el conocimiento teórico sobre un fenómeno (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014, p. 358).

#### **2.1.2 Diseño de investigación**

Para poder lograr los objetivos de la investigación se utilizó un estudio no experimental, el cual se caracteriza por recopilar datos sin modificar las variables. Asimismo, el diseño fue transversal de tipo causal. Esto, debido a que se buscó establecer si la ocurrencia de una variable genera la vulneración de un derecho humano (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014, p. 471).

### **2.2 Población y muestra**

#### **2.2.1 Población**

La investigación considera a la totalidad de abogados litigantes de Lambayeque, el cual no se tiene definido, pues, según el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, que tiene inscritos a más de 6500 colegiados, no todos los abogados colegiados se encuentran litigando.

#### **2.2.2 Muestra**

La muestra estará constituida por abogados litigantes con experiencia en derecho de familia y derecho constitucional. El cual ascendió a un total de 64 abogados que aceptaron participar de la investigación.

## **2.3 Variables y operacionalización**

### **2.3.1 Variables**

#### **a. Variable independiente:**

Impedimento de la maternidad subrogada.

#### **b. Variable dependiente:**

Derecho humano de formar una familia.

### 2.3.2 Operacionalización de variables

Variables	Definición conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Escala
<b>Impedimento de la maternidad subrogada.</b>	Impedir que una mujer geste a un niño en su vientre el óvulo fecundado con carga genética de otra mujer y hombre, para luego de que nazca, entregarla a la madre o padre de los cuales proviene el óvulo fecundado (Emakunde, 2018, p. 5).	Legislación de la maternidad subrogada	Forma de reglamentación en el Perú	1, 2, 3	— Totalmente de acuerdo — De acuerdo — Indeciso — En desacuerdo — Totalmente en desacuerdo.
		Procedimiento de la maternidad subrogada.	Legalidad del procedimiento de maternidad subrogada	4, 5, 6	
		Relación jurídica de la gestante, los padres biológicos y el niño.	Tipo de relación jurídica entre la gestante, los padres biológicos y el niño	7, 8, 9,10	
<b>Derecho humano de formar una familia.</b>	Derecho de la vida privada que se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (CIDH, 2012)	Autonomía reproductiva.	Vulneración Autonomía reproductiva.	11, 12, 13, 14	— Totalmente en desacuerdo.
		Acceso a servicios de salud reproductiva.	Vulneración a Acceso a servicios de salud reproductiva.	15, 16, 17, 18	

## **2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad**

### **2.4.1 Métodos de recolección de datos**

Se utilizó, en la presente investigación, el método inductivo, el cual se inicia con el entendimiento de la problemática de manera específica para luego generalizarla (Rodríguez y Pérez, 2017, p. 3).

### **2.4.2 Técnicas de recolección de datos**

La técnica que utilizó la investigación fue la encuesta a través de la entrevista. La entrevista está definida como una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona, en este caso el entrevistador, y otra, el entrevistado.

Esta técnica se utiliza cuando el problema de estudio no puede ser observado y es muy difícil de hacerlo como es el caso del impedimento de la maternidad subrogada y si este vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, de tal forma que se va llenado un cuestionario con las preguntas que va respondiendo el entrevistado (Hernández, Fernández, y Baptista, 2014, p. 403).

### **2.4.3 Instrumentos de recolección de datos**

Como instrumento se utilizó un cuestionario semi estructurado que tendrá una guía para la realización de la entrevista pero que permitirá la inclusión de información que permita levantar la mayor cantidad de datos.

## **2.5 Procedimientos para la recolección de datos**

### **2.5.1 Análisis estadístico e interpretación de datos**

Desde el aspecto estadístico se realizó lo siguiente:

- a. Los datos fueron tabulados en el programa SPSS V24.

- b. Se analizó la distribución de normalidad de los datos a través de la prueba de Kolmogorov-Smirnov
- c. La prueba de normalidad mostró que los datos no tienen distribución normal, por lo que se utilizó una prueba no paramétrica para probar la hipótesis, que fue la prueba de chi cuadrado de Pearson.
- d. Los datos se expusieron en tablas y figuras por su mejor interpretación.

## 2.6 Aspectos éticos

Como principios éticos, la investigación consideró los siguientes:

- a. **Consentimiento informado:** Los entrevistados de manera voluntaria consintieron en participar en la investigación, para ello, se le solicitó su autorización a través de un consentimiento informado que garantiza su aceptación en la investigación.
- b. **Voluntariedad:** Toda investigación, para garantizar la fiabilidad de sus datos, requiere que los investigados tengan la voluntad de participar de manera libre, por ello, los participantes, de manera voluntaria, accedieron a participar en la investigación con lo cual se garantiza la objetividad de sus respuestas.
- c. **Información:** La participación voluntaria de los investigados estaría sesgada si no se les informó adecuadamente y de manera completa sobre los objetivos de la investigación, por ello, se informó respecto al desarrollo de la investigación, la confidencialidad de sus datos y el uso estrictamente académico de la información recopilada.
- d. **Justicia:** Gracias a este principio, la investigación busca que sus resultados le otorguen a las familias que no pueden acceder a métodos de reproducción asistida la oportunidad de procrear, ello, dentro del marco de justicia e igualdad social.



## 2.7 Criterios de rigor científico

Como criterios de rigor científico se consideraron:

- a. **Sistemática:** La investigación se desarrolló siguiendo los parámetros establecido por la ciencia, gracias a la cual se garantizan resultados fiables.
- b. **Objetividad:** Los resultados de la investigación no tiene un sesgo subjetivo, sino que, por el contrario, se consiguieron bajo parámetros objetivos para garantizar su fiabilidad y generalización.
- c. **Valor de verdad:** Los datos recopilados proviene de la fuente primaria que se ha considerado en la muestra.
- d. **Consistencia:** Los resultados están podrán se contrastados en otras realidades con lo que podrá evidenciar su consistencia.
- e. **Relevancia:** Los resultados obtenidos permiten conocer con mayor amplitud el problema de investigación y realizar propuestas de solución.

### III RESULTADOS

#### 3.1 Resultados en tablas y figuras

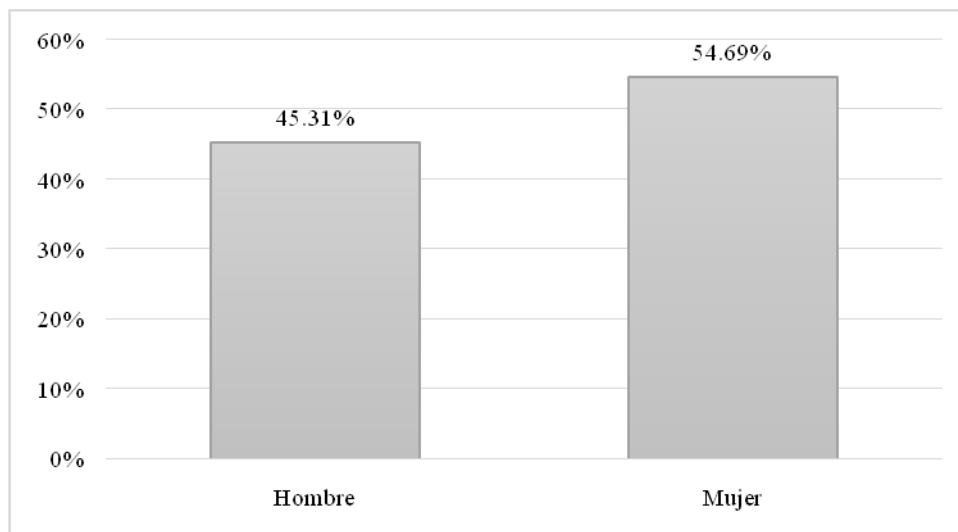
##### 3.1.1 Características de la muestra

Tabla 1

*Género de la muestra.*

Género	<i>F</i>	%
Hombre	29	45.31
Mujer	35	54.69
Total	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 1.* Género de la muestra.

Tomada de la tabla 1.

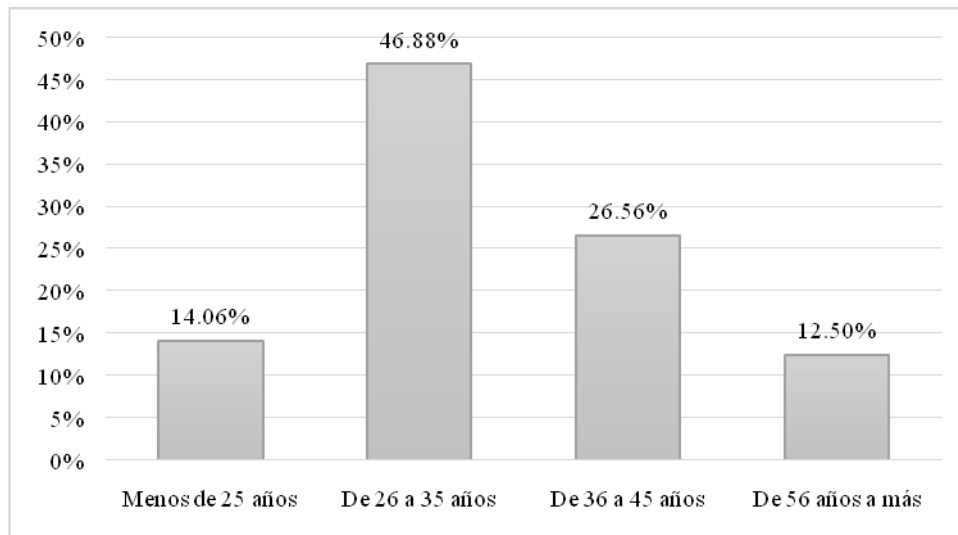
La tabla y figura 1 muestran el género de la muestra encuestada. Como se observa, el 45.31% eran hombres y el 54.69% mujeres.

Tabla 2

*Edad de la muestra.*

<b>Edad</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Menos de 25 años</b>	9	14.10
<b>De 26 a 35 años</b>	30	46.88
<b>De 36 a 45 años</b>	17	26.56
<b>De 56 años a más</b>	8	12.50
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 2.* Edad de la muestra.

Tomada de la tabla 2.

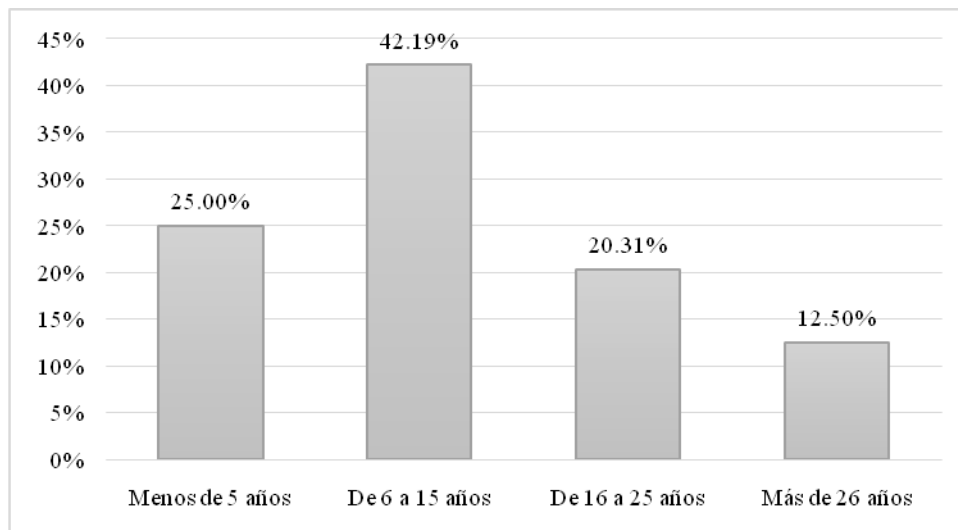
La tabla y figura 2 muestran la edad de la muestra encuestada. Como se observa, el 14.06% tienen menos de 25 años, el 46.88% entre 26 y 35 años, el 26.56% entre 36 y 45 años y el 12.50% más de 56 años.

Tabla 3

*Experiencia litigando de la muestra.*

<b>Experiencia</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Menos de 5 años</b>	16	25.00
<b>De 6 a 15 años</b>	27	42.19
<b>De 16 a 25 años</b>	13	20.31
<b>Más de 26 años</b>	8	12.50
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 3.*Experiencia litigando de la muestra.

Tomada de la tabla 3.

La tabla y figura 3 muestran los años de experiencia de la muestra encuestada. Como se observa, el 25% tienen menos de 5 años de experiencia, el 42.19% tiene entre 6 y 15 años de experiencia, el 20.31% tiene entre 16 y 25 años de experiencia y el 12.5% tiene más de 26 años de experiencia.

### 3.1.2 Análisis de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”

#### a. Análisis de la dimensión “Legislación de la maternidad subrogada”

Tabla 4

*La legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana.*

Experiencia	F	%
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	10	15.63
<b>En desacuerdo</b>	8	12.50
<b>Indeciso</b>	12	18.75
<b>De acuerdo</b>	15	23.44
<b>Totalmente de acuerdo</b>	19	29.69
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.

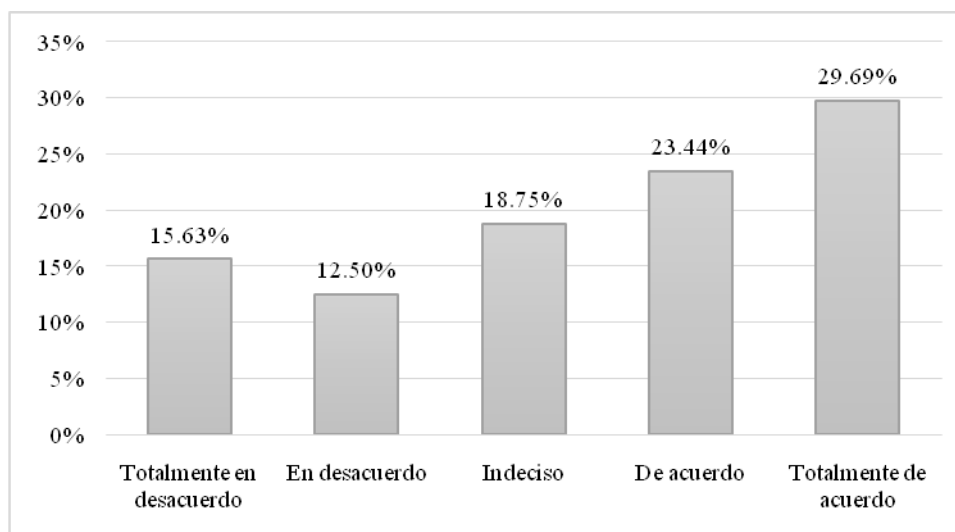


Figura 4. La legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana.

Tomada de la tabla 4.

La tabla y figura 4 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana” de la dimensión

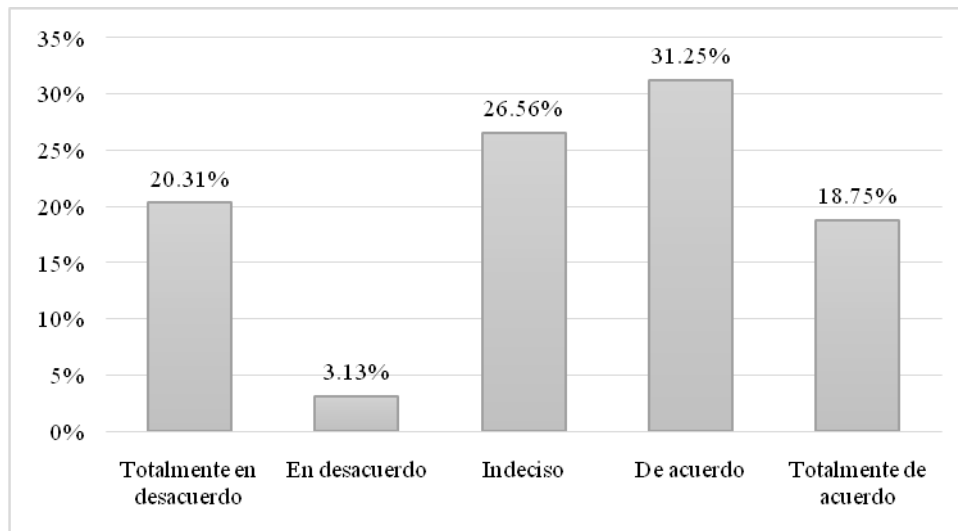
“Legislación de la maternidad subrogada” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 16.63% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 12.50% está en desacuerdo, el 18.75% está indeciso, el 23.44% de acuerdo y el 29.69% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 5

*La maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú.*

<b>Experiencia</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	13	20.31
<b>En desacuerdo</b>	2	3.13
<b>Indeciso</b>	17	26.56
<b>De acuerdo</b>	20	31.25
<b>Totalmente de acuerdo</b>	12	18.75
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 5.*La maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú.

Tomada de la tabla 5.

La tabla y figura 5 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú” de la dimensión “Legislación de la maternidad subrogada” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 20.31% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 3.13% está en desacuerdo, el 26.56% está indeciso, el 31.25% de acuerdo y el 18.75% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 6

*La maternidad subrogada está mejor legislada en otros países.*

<b>Experiencia</b>	<b>F</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	8	12.50
<b>En desacuerdo</b>	8	12.50
<b>Indeciso</b>	9	14.06
<b>De acuerdo</b>	15	23.44
<b>Totalmente de acuerdo</b>	24	37.50
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.

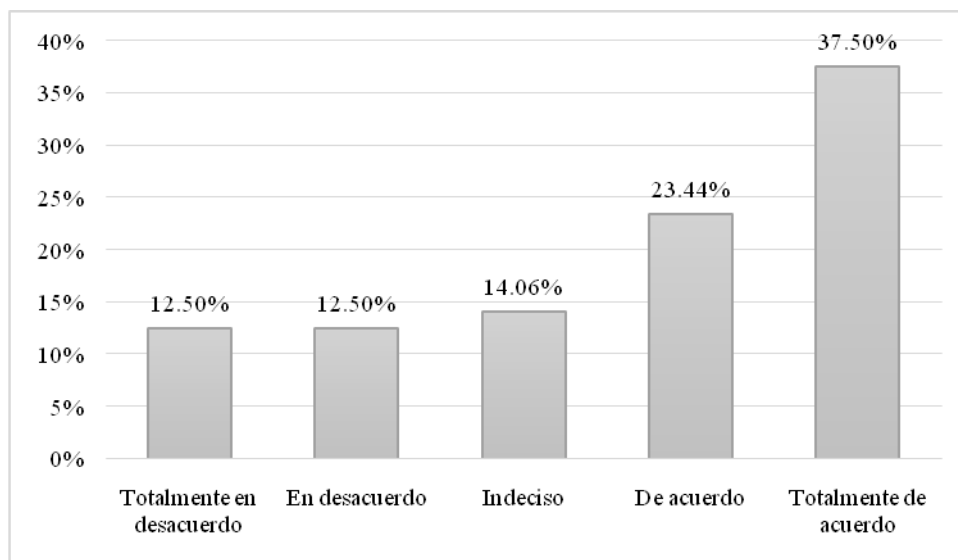


Figura 6. La maternidad subrogada está mejor legislada en otros países.

Tomada de la tabla 6.

La tabla y figura 6 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La maternidad subrogada está mejor legislada en otros países” de la dimensión “Legislación de la maternidad subrogada” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 12.5% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 12.5% está en desacuerdo, el 14.06% está indeciso, el 23.44% de acuerdo y el 37.5% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.



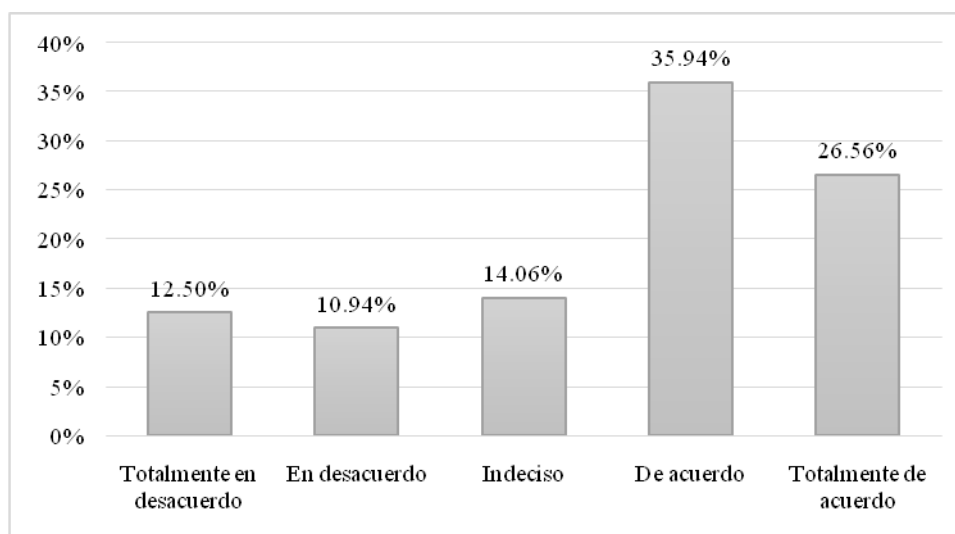
**b. Análisis de la dimensión “Procedimiento de la maternidad subrogada”**

Tabla 7

*La norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	8	12.50
<b>En desacuerdo</b>	7	10.94
<b>Indeciso</b>	9	14.06
<b>De acuerdo</b>	23	35.94
<b>Totalmente de acuerdo</b>	17	26.56
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 7.* La norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación.

Tomada de la tabla 7.

La tabla y figura 7 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación” de la dimensión “Procedimiento de la maternidad subrogada” de la variable “Impedimento de la maternidad

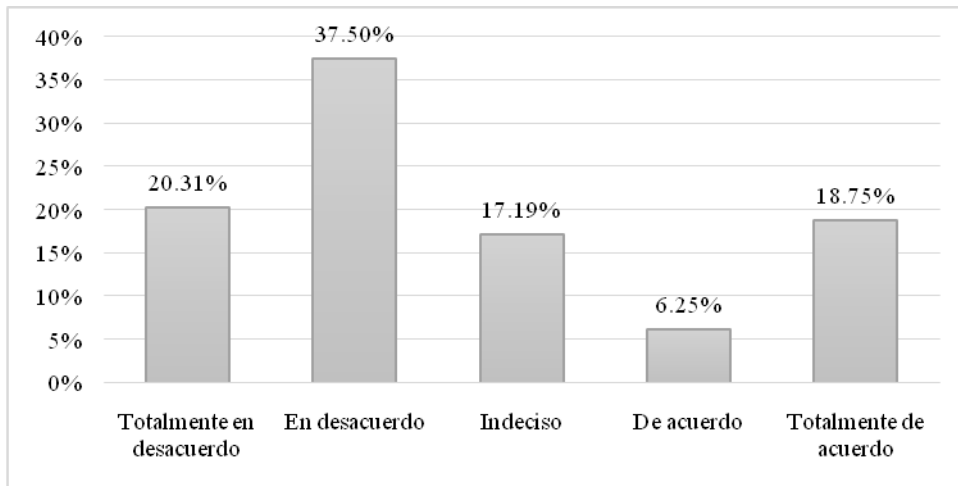
subrogada”, como se observa, el 12.5% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 10.94% está en desacuerdo, el 14.06% está indeciso, el 35.94% de acuerdo y el 26.56% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 8

*El procedimiento de maternidad subrogada debe ser penalizado en el Perú.*

<b>Experiencia</b>	<b><i>f</i></b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	13	20.31
<b>En desacuerdo</b>	24	37.50
<b>Indeciso</b>	11	17.19
<b>De acuerdo</b>	4	6.25
<b>Totalmente de acuerdo</b>	12	18.75
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 8.* El procedimiento de maternidad subrogada debe ser penalizado en el Perú.

Tomada de la tabla 8.

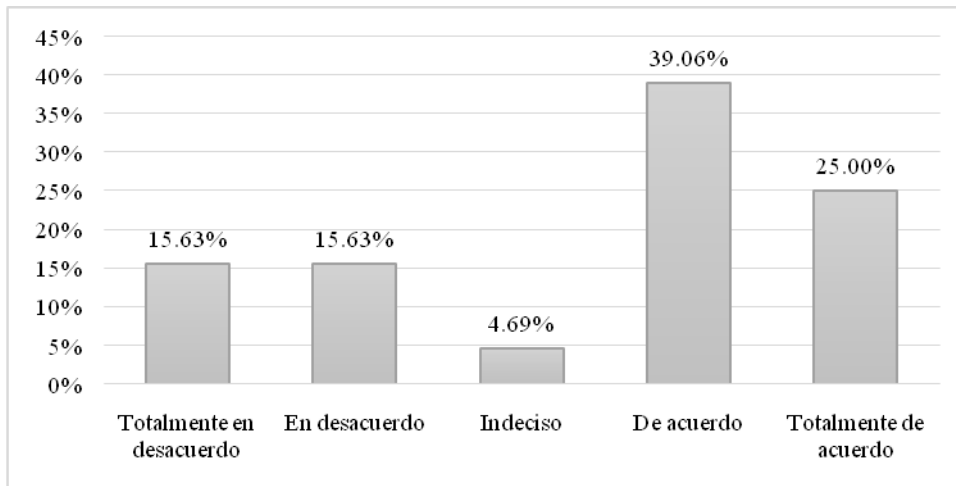
La tabla y figura 8 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El procedimiento de maternidad subrogada debe ser penalizado en el Perú” de la dimensión “Procedimiento de la maternidad subrogada” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 20.31% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 37.50% está en desacuerdo, el 17.19% está indeciso, el 6.25% de acuerdo y el 18.75% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 9

*El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	10	15.63
<b>En desacuerdo</b>	10	15.63
<b>Indeciso</b>	3	4.69
<b>De acuerdo</b>	25	39.06
<b>Totalmente de acuerdo</b>	16	25.00
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 9.* El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley.

Tomada de la tabla 9.

La tabla y figura 8 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley” de la dimensión “Procedimiento de la maternidad subrogada” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 15.63% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 15.63% está en desacuerdo, el 4.69% está indeciso, el 39.06% de acuerdo y el 25% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

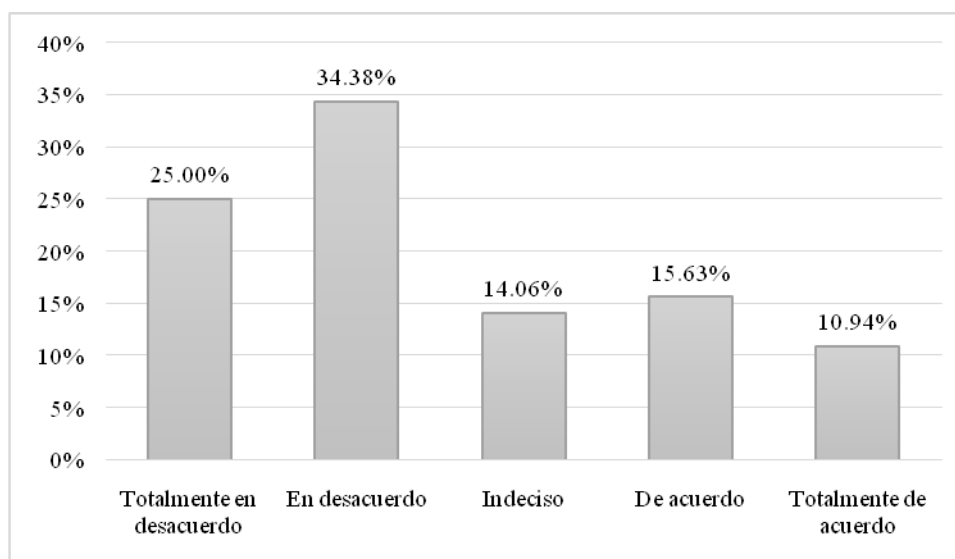
c. *Análisis de la dimensión “Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño”*

Tabla 10

*El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que alquilo el vientre.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	16	25.00
<b>En desacuerdo</b>	22	34.38
<b>Indeciso</b>	9	14.06
<b>De acuerdo</b>	10	15.63
<b>Totalmente de acuerdo</b>	7	10.94
<b>Total</b>	64	100.00

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 10.* El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que alquilo el vientre.

Tomada de la tabla 10.

La tabla y figura 10 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad

subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que alquilo el vientre” de la dimensión “Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 25.0% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 34.38% está en desacuerdo, el 14.06% está indeciso, el 15.63% de acuerdo y el 10.94% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 11

*El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo.*

Experiencia	f	%
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	6	9.38
<b>En desacuerdo</b>	7	10.94
<b>Indeciso</b>	11	17.19
<b>De acuerdo</b>	22	34.38
<b>Totalmente de acuerdo</b>	18	28.13
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.

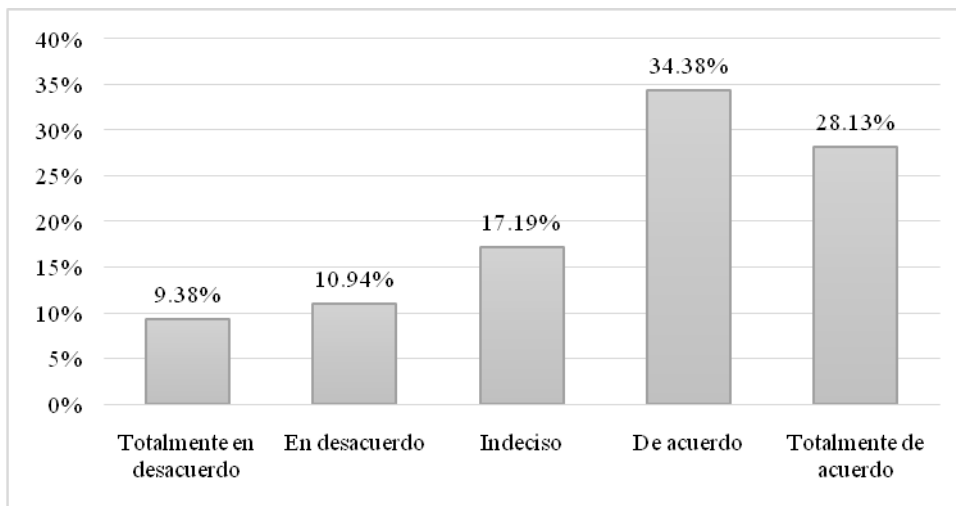


Figura 11. El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo.

Tomada de la tabla 11.

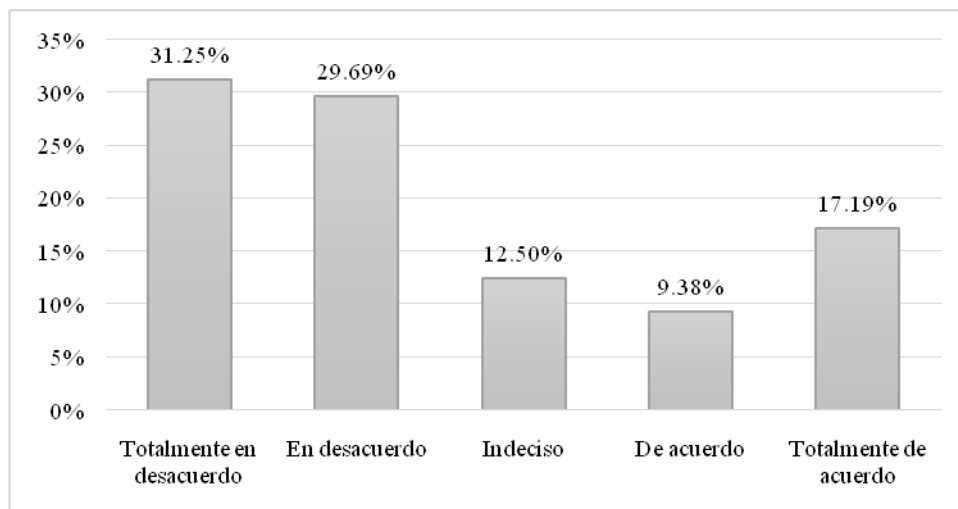
La tabla y figura 11 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo” de la dimensión “Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 9.38% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 10.94% está en desacuerdo, el 17.19% está indeciso, el 34.38% de acuerdo y el 28.13% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 12

*La mujer que alquila el vientre en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre.*

<b>Experiencia</b>	<b><i>f</i></b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	20	31.25
<b>En desacuerdo</b>	19	29.69
<b>Indeciso</b>	8	12.50
<b>De acuerdo</b>	6	9.38
<b>Totalmente de acuerdo</b>	11	17.19
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 12.* La mujer que alquila el vientre en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre.

Tomada de la tabla 12.

La tabla y figura 12 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La mujer que alquila el vientre en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre” de la dimensión “Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 31.25% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, el 29.69% está en desacuerdo, el 12.5% está indeciso, el 9.38% de acuerdo y el 17.19% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

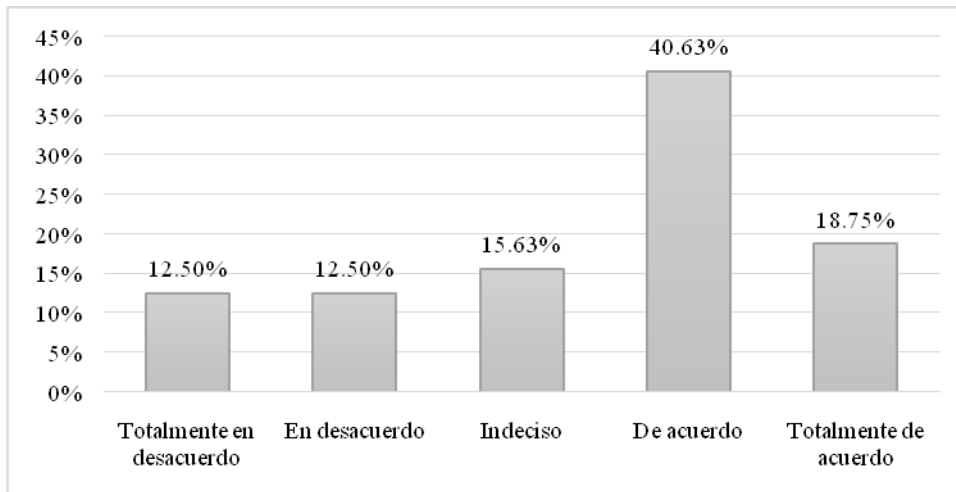


Tabla 13

*La mujer que dona el ovulo en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	8	12.50
<b>En desacuerdo</b>	8	12.50
<b>Indeciso</b>	10	15.63
<b>De acuerdo</b>	26	40.63
<b>Totalmente de acuerdo</b>	12	18.75
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 13.* La mujer que dona el ovulo en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre.

Tomada de la tabla 13.

La tabla y figura 13 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La mujer que dona el ovulo en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre” de la dimensión “Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño” de la variable “Impedimento de la maternidad subrogada”, como se observa, el 12.5% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 12.5% está en desacuerdo, el 15.63% está indeciso, el 40.63% de acuerdo y el 18.75% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

### 3.1.3 Análisis de la variable “Derecho humano de formar una familia”

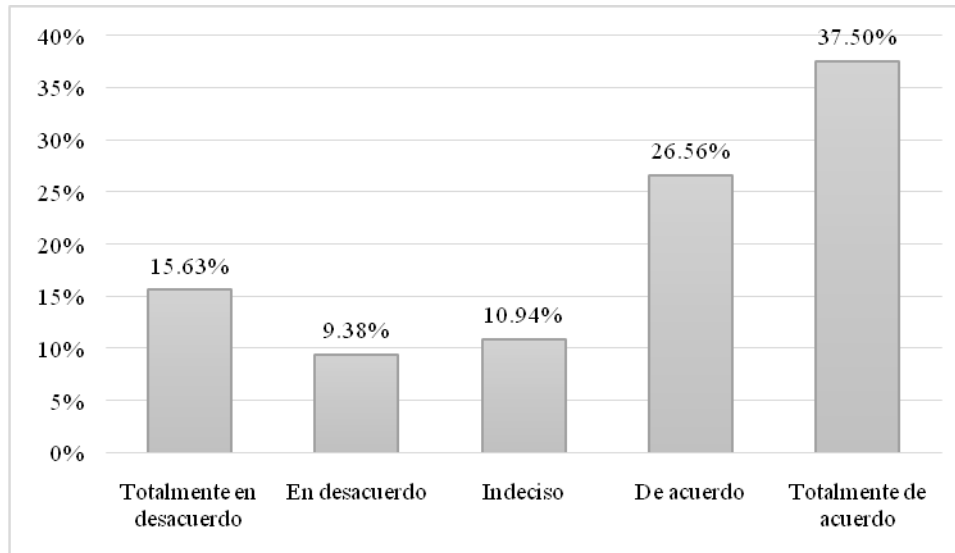
#### a. Análisis de la dimensión “Autonomía reproductiva”

Tabla 14

*La decisión de tener hijos es autónoma por lo que el Estado no puede interferir.*

Experiencia	<i>f</i>	%
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	10	15.63
<b>En desacuerdo</b>	6	9.38
<b>Indeciso</b>	7	10.94
<b>De acuerdo</b>	17	26.56
<b>Totalmente de acuerdo</b>	24	37.50
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 14.* La decisión de tener hijos es autónoma por lo que el Estado no puede interferir.

Tomada de la tabla 14.

La tabla y figura 14 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “La decisión de tener hijos es autónoma por lo que el Estado

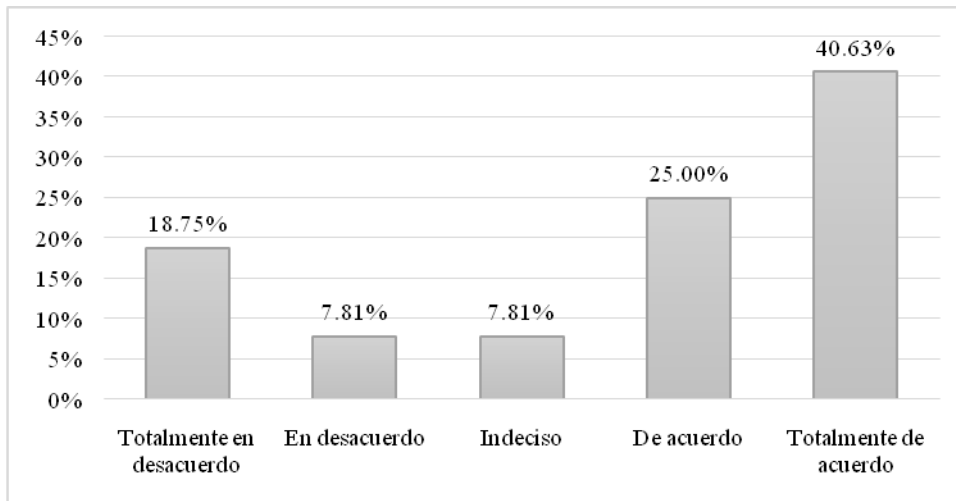
no puede interferir” de la dimensión “Autonomía reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 15.63% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 9.38% está en desacuerdo, el 10.94% está indeciso, el 26.56% de acuerdo y el 37.5% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 15

*El impedimento de maternidad subrogada debería ser inconstitucional, pues, vulnera la autonomía del ser humano.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	12	18.75
<b>En desacuerdo</b>	5	7.81
<b>Indeciso</b>	5	7.81
<b>De acuerdo</b>	16	25.00
<b>Totalmente de acuerdo</b>	26	40.63
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 15.* El impedimento de maternidad subrogada debería ser inconstitucional, pues, vulnera la autonomía del ser humano.

Tomada de la tabla 15.

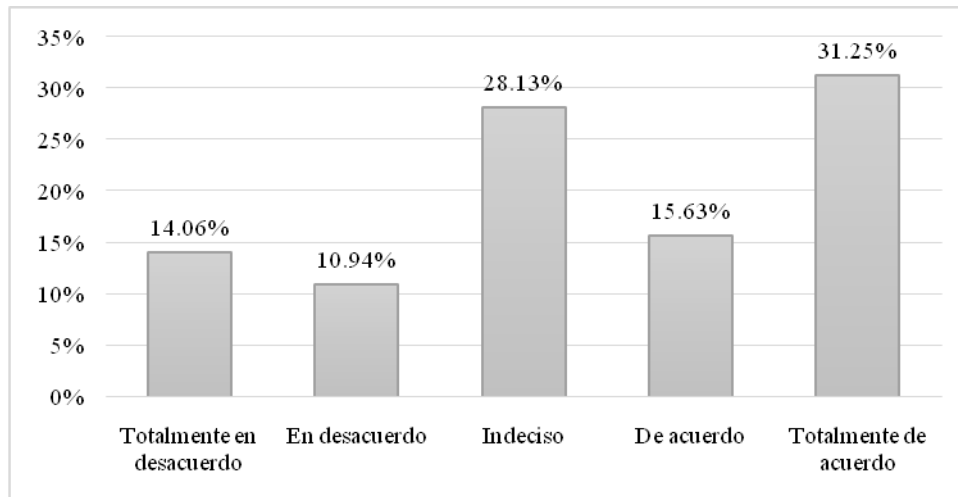
La tabla y figura 15 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El impedimento de maternidad subrogada debería ser inconstitucional, pues, vulnera la autonomía del ser humano” de la dimensión “Autonomía reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 18.75% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 7.81% está en desacuerdo, el 7.81% está indeciso, el 25% de acuerdo y el 40.63% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 16

*El impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	9	14.06
<b>En desacuerdo</b>	7	10.94
<b>Indeciso</b>	18	28.13
<b>De acuerdo</b>	10	15.63
<b>Totalmente de acuerdo</b>	20	31.25
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 16.* El impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia.

Tomada de la tabla 16.

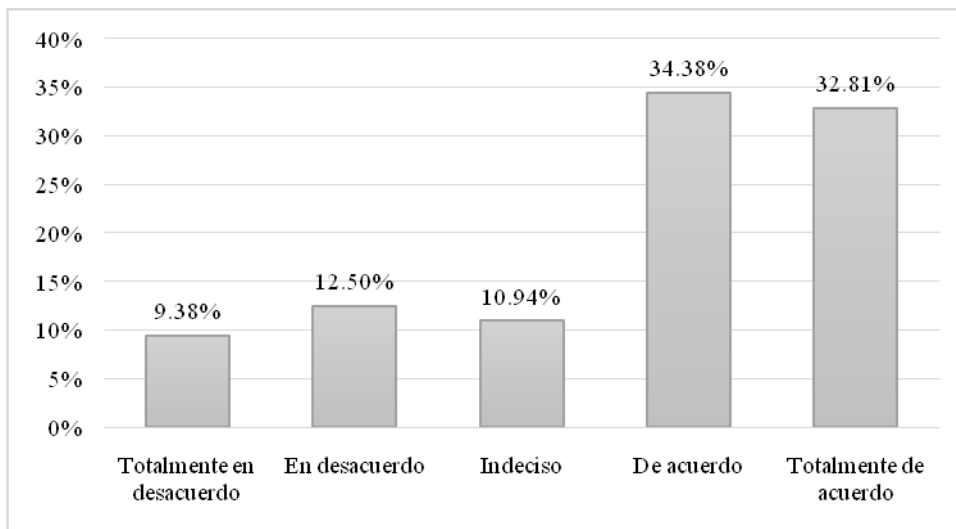
La tabla y figura 16 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia” de la dimensión “Autonomía reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 14.06% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 10.94% está en desacuerdo, el 28.13% está indeciso, el 15.63% de acuerdo y el 31.25% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 17

*El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	6	9.38
<b>En desacuerdo</b>	8	12.50
<b>Indeciso</b>	7	10.94
<b>De acuerdo</b>	22	34.38
<b>Totalmente de acuerdo</b>	21	32.81
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 17.* El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva.

Tomada de la tabla 17.

La tabla y figura 17 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva” de la dimensión “Autonomía reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 9.38% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 12.5% está en desacuerdo, el 10.94% está indeciso, el 34.38% de acuerdo y el 32.81% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

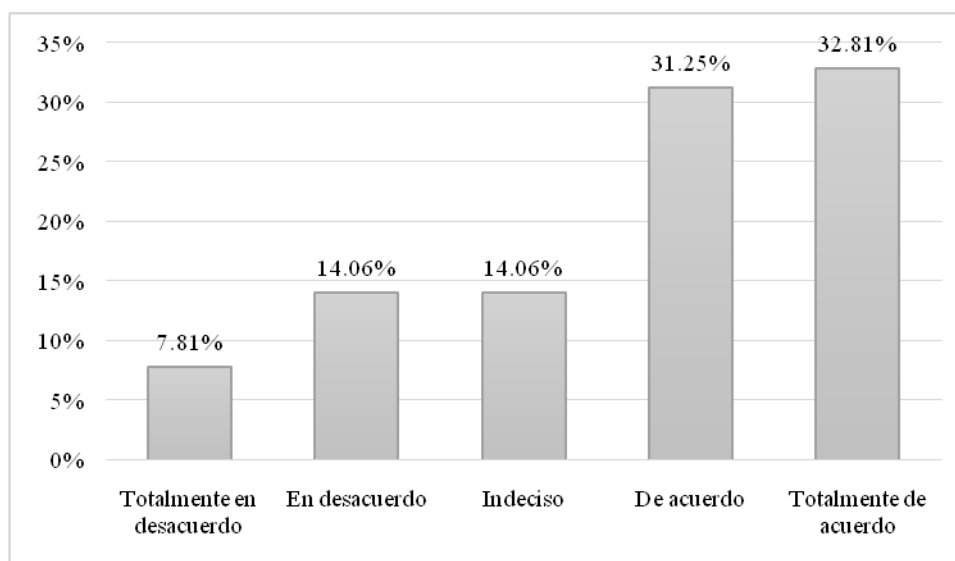
b. *Análisis de la dimensión “Acceso a servicios de salud reproductiva”*

Tabla 18

*Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna bajo el control sanitario estatal.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	5	7.81
<b>En desacuerdo</b>	9	14.06
<b>Indeciso</b>	9	14.06
<b>De acuerdo</b>	20	31.25
<b>Totalmente de acuerdo</b>	21	32.81
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 18.* Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna bajo el control sanitario estatal.

Tomada de la tabla 18.

La tabla y figura 18 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “Durante la gestación, el impedimento de la maternidad

subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna bajo el control sanitario estatal” de la dimensión “Acceso a servicios de salud reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 7.81% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 14.06% está en desacuerdo, otro 14.06% está indeciso, el 31.25% de acuerdo y el 32.81% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

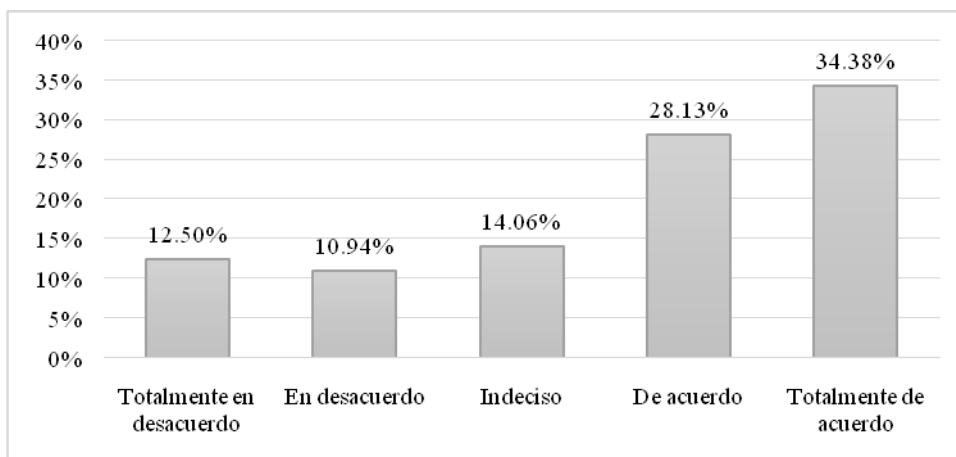


Tabla 19

*Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	8	12.50
<b>En desacuerdo</b>	7	10.94
<b>Indeciso</b>	9	14.06
<b>De acuerdo</b>	18	28.13
<b>Totalmente de acuerdo</b>	22	34.38
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 19.* Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal.

Tomada de la tabla 19.

La tabla y figura 19 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal” de la dimensión “Acceso a servicios de salud reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 12.5% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 10.94% está en desacuerdo, otro 14.06%

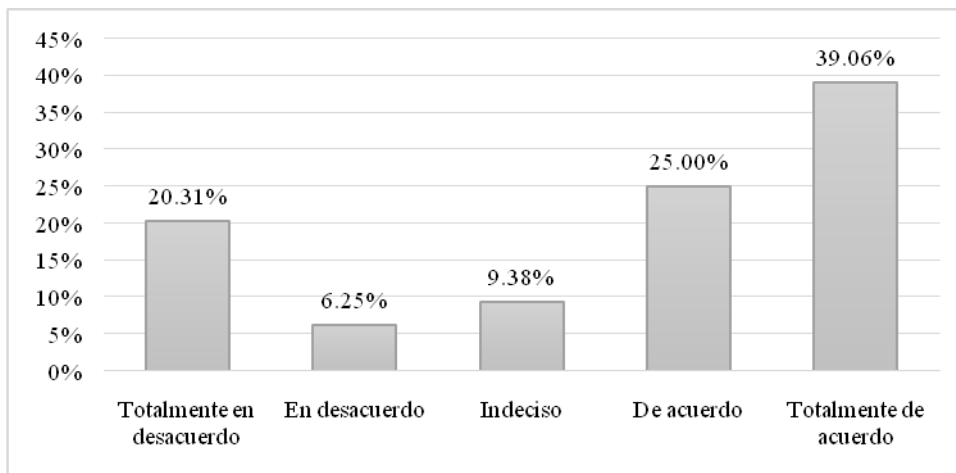
está indeciso, el 28.13% de acuerdo y el 34.38% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Tabla 20

*Después de la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	13	20.31
<b>En desacuerdo</b>	4	6.25
<b>Indeciso</b>	6	9.38
<b>De acuerdo</b>	16	25.00
<b>Totalmente de acuerdo</b>	25	39.06
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 20.* Después de la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal.

Tomada de la tabla 20.

La tabla y figura 20 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “Después de la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal” de la dimensión “Acceso a servicios de salud reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 20.31% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 6.25% está en desacuerdo, otro 9.38%

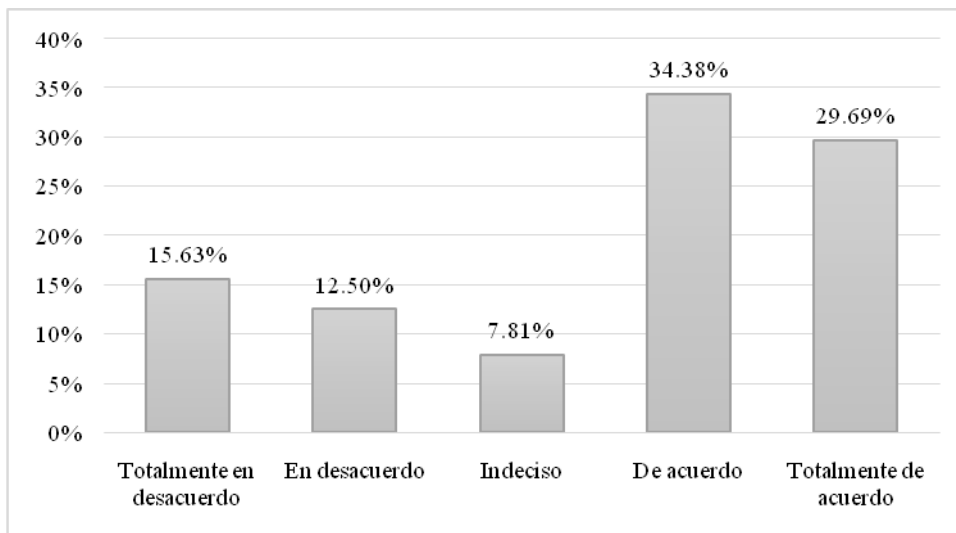
está indeciso, el 25% de acuerdo y el 39.06% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación

Tabla 21

*El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva.*

<b>Experiencia</b>	<b>f</b>	<b>%</b>
<b>Totalmente en desacuerdo</b>	10	15.63
<b>En desacuerdo</b>	8	12.50
<b>Indeciso</b>	5	7.81
<b>De acuerdo</b>	22	34.38
<b>Totalmente de acuerdo</b>	19	29.69
<b>Total</b>	64	100.0

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.



*Figura 21.* El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva.

Tomada de la tabla 21.

La tabla y figura 21 muestran la frecuencia y porcentaje de respuesta de los entrevistados de la afirmación “El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva” de la dimensión “Acceso a servicios de salud reproductiva” de la variable “Derecho humano de formar una familia”, como se observa, el 15.63% está totalmente en desacuerdo con la afirmación, otro 12.5% está en desacuerdo, otro 7.81% está indeciso, el 34.38% de acuerdo y el 29.69% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

### 3.1.4 Prueba de hipótesis

Debido a que el instrumento es una escala categórica, es que la prueba de la hipótesis se realizará con la prueba de Chi-cuadrado de Pearson.

#### *a. Formulación de la hipótesis general*

Para contrastar la hipótesis general, es necesario, plantear la hipótesis nula que se utilizará en la prueba de Chi-cuadrado de Pearson:

H<sub>0</sub>: El impedimento de la maternidad subrogada NO vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que se interfiere en la autonomía reproductiva en las personas y el acceso a servicios de salud reproductiva.

H<sub>i</sub>: El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que se interfiere en la autonomía reproductiva en las personas y el acceso a servicios de salud reproductiva.

#### *b. Nivel de significancia y estadístico de prueba*

El nivel de Significancia (alfa) tendrá como valor  $\alpha = 5\%$ , que equivale a 0.05 en decimales. Este valor representa el punto a partir del cual se decide si se acepta o rechaza la hipótesis nula, es decir, si  $p < 0.05$  entonces se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación. Debido a que ambos instrumentos son de carácter categórico se utilizará para probar la relación la fórmula de chi-cuadrado.

$$X^2(df) = \sum \frac{(O - E)^2}{E}$$

Donde:

df = Grados de libertad.

E = Valores esperados.

O = Valores observados

La prueba de Chi-cuadrado se desarrolla partir de la matriz de continencia que se puede observar en la Tabla 22.

Tabla 22

*Tabla de contingencia de la prueba de hipótesis.*

		Derecho humano de formar una familia								Total	
		Totalmente en desacuerdo		En desacuerdo		Indeciso		Totalmente de acuerdo			
		<i>f</i>	%	<i>f</i>	%	<i>F</i>	%	<i>f</i>	%		
Impedimento de la maternidad subrogada	En desacuerdo	1	1.6%	9	14.1%	4	6.3%	0	0.0%	14	21.9%
	Indeciso	0	0.0%	5	7.8%	2	3.1%	14	21.9%	21	32.8%
	De acuerdo	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	28	43.8%	28	43.8%
	Totalmente de acuerdo	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%	1	1.6%	1	1.6%
Total		1	1.6%	14	21.9%	6	9.4%	43	67.2%	64	100.0%

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo.

Una vez desarrollada la tabla de contingencia, se procede a desarrollar la Prueba de Chi-cuadrado de Pearson de la investigación

Tabla 23

*Prueba de Chi-cuadrado de la hipótesis.*

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	43,739 <sup>a</sup>	9	.000
Razón de verosimilitudes	55.117	9	.000
Prueba exacta de Fisher	50.109		
Asociación lineal por lineal	37,848 <sup>b</sup>	1	.000
N de casos válidos	64		

Nota: Elaborada en base a los datos recolectados en campo

a. 12 casillas (75,0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es ,02.

b. El estadístico estandarizado es 6,152.

*c. Lectura del p-valor*

En la Tabla 23, se aprecia el resultado de la prueba de Chi-cuadrado de Pearson, el cual indica un p-valor=0.00 (inferior a 0.05) por consiguiente se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis de investigación, es decir, se puede afirmar que el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que se interfiere en la autonomía reproductiva en las personas y el acceso a servicios de salud reproductiva.



### 3.2 Discusión de resultados

La investigación entrevistó a 64 abogados litigantes con experiencia en derecho de Familia y derecho Constitucional, de ellos, el 54.69% fueron mujeres y el restante hombres. Respecto a sus edades, el 46.88% eran de entre 26 a 35 años, el 26.56% de 36 a 45 años y, los demás, eran menores de 25 o mayores de 46 años. Sobre su experiencia litigando, el 42.19% tenía de 6 a 15 años de experiencia y el 20.31% de 16 a 25 años de experiencia. Los datos analizados permiten discutir con la hipótesis, objetivo general y antecedentes.

Sobre la hipótesis, la investigación planteo “El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que se interfiere en la autonomía reproductiva en las personas y el acceso a servicios de salud reproductiva”, para contrastarla, se utilizó la prueba de Chi-cuadrado de Pearson, la cual indicó un p-valor=0.00 (inferior a 0.05), por consiguiente, se acepta la hipótesis de investigación y se afirma que la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia.

En referencia al objetivo general planteado, este fue: “Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018”. Al respecto, se analizó cada variable de, tal forma, que la para la variable “Impedimento de la maternidad subrogada” se analizaron las dimensiones: a) Legislación de la maternidad subrogada; b) Procedimiento de la maternidad subrogada y; c) Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño.

- a. Sobre la dimensión de “Legislación de la maternidad subrogada” se encontró que los entrevistados, en su mayoría, respaldan la afirmación “La legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana” pues se encontró que el 23.44% de encuestado estaba de acuerdo y el 29.69% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación. Sobre la afirmación “La maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú” el 31.25% se mostró de acuerdo, el 26.56% estuvo indeciso y el 18.75% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación. Finalmente, sobre la afirmación “La

maternidad subrogada está mejor legislada en otros países” el 37.5% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 23.44% dijo estar de acuerdo con la afirmación.

- b. Respecto a la dimensión: “Procedimiento de la maternidad subrogada” se encontró que los entrevistados, en su mayoría, respaldan la afirmación “La norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación”, es así que el 35.94% estuvieron de acuerdo y el 26.56% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación. Sobre la afirmación “El procedimiento de maternidad subrogada debe ser penalizado en el Perú” el 37.50% está en desacuerdo y el 20.31% está totalmente en desacuerdo con la afirmación. Finalmente, sobre la premisa “El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley”, el 39.06% se mostró de acuerdo y el 25% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.
- c. Respecto a la dimensión: “Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño” se encontró que los entrevistados, en su mayoría, respaldan la afirmación “El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que alquiló el vientre” el 34.38% estuvo en desacuerdo y el 25.0% está totalmente en desacuerdo con la afirmación. Ante la premisa la “El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo” el 34.38% estuvo de acuerdo y el 28.13% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación. Finalmente, ante la afirmación “La mujer que alquila el vientre en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre” el 31.25% está totalmente en desacuerdo y el 29.69% está en desacuerdo con la afirmación. Finalmente, Sobre la premisa “La mujer que dona el ovulo en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre” se halló que el 40.63% de acuerdo y el 18.75% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

El análisis de la variable “Derecho humano de formar una familia” se realizó a través de las dimensiones a) Autonomía reproductiva y; b) Acceso a servicios de salud reproductiva.

- a. En la dimensión “Autonomía reproductiva”, los entrevistados, ante la premisa “La decisión de tener hijos es autónoma por lo que el Estado no puede interferir” el 37.5% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 26.56% de acuerdo con la afirmación. Sobre la afirmación “El impedimento de maternidad subrogada debería ser inconstitucional, pues, vulnera la autonomía del ser humano” el 40.63% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 25% de acuerdo con la afirmación. Sobre la premisa “El impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia”, el 31.25% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 28.13% estuvo indeciso con la afirmación. Finalmente, ante la afirmación “El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva”, el 34.38% de acuerdo y el 32.81% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.
- b. Sobre la dimensión “Acceso a servicios de salud reproductiva” los entrevistados manifestaron, ante la afirmación “Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna bajo el control sanitario estatal” el 32.81% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 31.25% está de acuerdo con la afirmación. Sobre la afirmación “Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal” el 34.38% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 28.13% de acuerdo con la afirmación. Respecto a la premisa “Después de la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal” el 39.06% manifestó estar totalmente de acuerdo y el 25% de acuerdo con la afirmación. Finalmente, ante la premisa “El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva” el 34.38% de acuerdo y el 29.69% manifestó estar totalmente de acuerdo con la afirmación.

Sobre la discusión con los antecedentes, la investigación respalda la investigación de Valdés (2014) que considera que una vez nacido un niño mediante su práctica no deben negarse en ningún caso sus derechos, especialmente aquellos que dignifican al ser humano y contribuyen al libre desarrollo de su personalidad. Su reconocimiento como miembro de una familia que asume su condición de tal,

responde al interés superior del menor que debe tenerse en cuenta prioritariamente al dilucidar cualquier conflicto.

También se respalda a Orbea (2012) que concluye que, imperiosamente, se requiere la intervención de Estado en la voluntad, previniendo situaciones y estableciendo normas y principios, para evitar la vulneración de derechos, sin detener el ejercicio de la procreación; resguardando el interés y bienestar de los intervinientes, cautelando los valores culturales y evitando esta práctica al margen de la ley. A pesar que la norma jurídica no puede regular todas las circunstancias sociales debería abarcar lo imprescindible para poder controlar a la sociedad.

De la misma manera se respalda a Estrada (2014) que concluye que existe disconformidad terminológica y conceptual respecto de aquel acto que tiene por objeto encargar la concepción de un hijo en un vientre que no le pertenece necesariamente a la madre genética con el fin de que ese niño sea posteriormente entregado a quien o quienes lo encargaron. Esta situación se explica en razón de las controversias éticas, religiosas, jurídicas y socioculturales que desencadena dicha práctica, lo cual obstaculiza la unificación de la nomenclatura, así como la convergencia de criterios y componentes que la definen. No obstante, ello, la denominación que prevalece es la de maternidad subrogada.

Si también se respalda a Pérez (2015) que concluye que hasta la década del '70 la idea de fecundación como inicio biológico de la vida era universalmente aceptada, pero la aparición de nuevas formas de contracepción desencadenó que el concepto de fecundación (concepción) ya no sea visto como el evento inicial de la vida del individuo, sino como un acontecimiento relativamente trivial, generándose nuevos planteamientos sobre el inicio de la vida que tomaron más fuerza con la aparición de las Técnicas de Reproducción Asistida. Por eso, es que mediante la aceptación teorías que no sean la de la concepción. Se da luz verde a la contracepción, implementación procedimientos de manipulación embrionaria como las Técnicas de Reproducción Asistida, la congelación de embriones, el diagnóstico genético pre implantatorio entre otras.

Finalmente se respalda Vega (2017) que concluye que en la técnica de útero subrogado aparecen interrogantes sobre la determinación de la maternidad al aplicar el principio *matersemper certa est*, ya que en el ordenamiento jurídico peruano vigente, la determinación de la misma supone la reunión de dos supuestos: el hecho del parto y la identidad del hijo; no obstante, cuando se pretenda obtener la filiación del niño nacido mediante la técnica de útero subrogado resulta inaplicable dicho axioma romano, por cuanto la maternidad en este caso queda comprobada por la voluntad procreacional y la identidad genética amparada en el principio de la verdad biológica, como únicos supuestos válidos para determinar la relación filial materna de los menores nacidos bajo dicha técnica. En consecuencia, si existe controversia en la determinación de la maternidad deberá fundamentarse la precisión de la misma en la identidad genética que recae en el principio de la verdad biológica, ya que si se persiste en aplicar el principio *mater semper certa est* en los casos de útero subrogado se afectará la filiación materna del hijo nacido mediante dicha técnica.

Por otro lado, no se respalda a Enríquez (2017) que concluye que, doctrinariamente, la técnica de maternidad subrogada tiene una relación con la vulneración del derecho a la identidad de los menores en el Perú. Asimismo, concluye que el tratamiento jurisprudencial afecta el derecho a la identidad de los menores peruanos.

### **3.3 Aporte práctico**

Como aporte práctico se anexa en informe de investigación una propuesta normativa que modifique el Artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud.

## **ANTEPROYECTO DE LEY**

El congresista de la república n/n, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, en concordancia con el artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente:

**PROYECTO DE LEY PARA MODIFICAR EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY N° 26842,  
LEY GENERAL DE SALUD**

**Artículo Único: Modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud.**

Modifíquese el artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, el mismo que queda redactado en los siguientes términos:

*Artículo 7o.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, RECONOCIENDO LA CONDICION DE MADRE A AQUELLA, CUYO OVULO, CONTEGA SU CARGA GENÉTICA, APEZAR DE QUE LA GESTACIÓN recaiga sobre OTRA persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos Y LA MUJER GESTANTE DE SER EL CASO.*

*Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.*

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

**I. ANTECEDENTES**

El 3 de setiembre del 2018, una pareja de chilenos conformada por Rosario Madueño Atalaya, de 46 años, y Jorge Tovar Pérez, de 48, fue detenida en el Aeropuerto Jorge Chávez acusados de trata de personas, finalmente, una prueba de ADN demostró que eran los padres del niño que intentaron sacar del país y que él bebe que se creía, se estaban llevado de manera irregular a Chile, era su hijo concebido a través de un tratamiento de reproducción asistida, específicamente de una maternidad subrogada o, también conocida, como vientre de alquiler. Este hecho puso de manifiesto un vacío legal en nuestra legislación que, a pesar del enorme avance científico en la reproducción asistida, no ha considerado legislaciones acerca de este tipo de tratamientos, más aun, cuando para muchas personas, esta es la única manera de formar una familia.

El formar una familia es un derecho reconocido en el artículo 16 de la declaración Universal de los Derechos Humanos la cual fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU en su resolución 217 A-III. En ella se estipula que “los hombres y las

mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia”. Sin embargo, este derecho humano, redactado 70 años atrás, no ha tenido el tratamiento que el avance científico y las actuales condiciones sociales se vienen desarrollando.

La familia tradicional o nuclear ha dado paso a las familias ensambladas y, gracias a la ciencia, a las que se origina por técnicas de reproducción asistida, en las que las definiciones tradicionales de familia ya no se adecuan a la realidad. La Constitución Política de 1993 del Perú, en el Artículo 4, reconoce la protección de la familia y la promoción del matrimonio, sin embargo, no ha considerado adecuar la legislación de protección familiar a aquellas familias cuyos hijos no se conciben en el vientre de la mujer que proporcione el ovulo fecundado por el padre, sino que el feto se desarrolló en otro vientre el cual solo hace de soporte biológico para que el concebido se desarrolle hasta su nacimiento.

El caso de la pareja chilena, por la misma condición de extranjeros, fue mediática y demostró la carencia legislativa sobre la maternidad subrogada que se practica en nuestro país. La Ley 26842 (Ley General de Salud) estipula en su Artículo 7 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” (Congreso de la República, 1997), es decir, no está permitido en nuestro país que se contrate los servicios de una mujer con el objeto usar su vientre para que se desarrolle el ovulo de otra. Sin embargo, y al no estar previsto como delito en el Código Penal Peruano, la práctica es común en nuestro país, según la Sociedad Peruana de Fertilidad cada año se practican unos 4.500 procedimientos de fertilización asistida en territorio peruano.

Como se observa, a pesar de la prohibición que el Estado, a través de la Ley General de Salud, ha impuesto, no ha podido evitar que los ciudadanos, siguiendo su propia condición de humanos busquen el logro de uno de sus derechos como especie que es el de formar una familia. En ese sentido, esta investigación buscará probar que el impedimento de la maternidad subrogada no hace más que vulneran el derecho de formar una familia, derecho reconocido como parte importante de nuestro desarrollo como seres humanos.

## **II. FUNDAMENTOS**

A mediados del siglo XX, en el mundo se iniciaron los procedimientos de reproducción asistida que buscó resolver los problemas de las familias que no tenían la posibilidad de tener descendencia. Surge así la FVI (Fecundación in vitro) que logró unir un ovulo y un espermatozoide en un laboratorio, es decir, fuera del cuerpo humano, tan solo en una placa, posteriormente fue implantado en el útero. Es así, que en 1978 Luis Brown nace por este método de reproducción, lo que significó el cambio de perspectiva de lo que era la reproducción.

La maternidad subrogada logro su primer acuerdo para utilizar inseminación artificial en 1976. En esa fecha el abogado Noel Keane de Estados Unidos creo una compañía con el objeto de tratar a parajes que no podían procrear, de esta manera se accedió a madre contratadas para realizar los trámites que se necesitaban para la subrogación.

La primera gestación por sustitución integra que se reportó en el mundo fue en 1984, en ese caso los embriones que fueron extraídos de una mujer que no tenía útero se transfirieron a una amiga, quien alumbro un bebe el cual no tenía ninguna carga genética de parentesco con el niño nacido. A partir de ese hecho los tratamientos de reproducción asistida se han extendido en el mundo siendo aún una práctica controversial y no permitida en muchos países quien cuestionan, entre otras cosas, si tienen los mismos derechos que las demás personas y cuál sería la regulación necesaria para controlar la reproducción asistida.

A nivel nacional, de manera expresa, la ley no prohíbe la maternidad subrogada, por ese motivo muchas clínicas ofrecen el servicio, es más, en internet se puede observar anuncios de mujeres que ofrecen su vientre en alquiler por montos de hasta S/70 mil.

El primer caso judicial resuelto en el Perú fue la Casación N° 563-2011 expedido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en el que una pareja demando a otra luego de que esta última se negara a entregar al niño que había sido producto de una fecundación asistida de la primera pareja. La pareja demandada acepto el dinero convenido en el trato inicial durante el embarazo y recibieron ayuda económica, sin embargo, luego desistieron de entregarlo. El colegiado en ese caso consideró que prevalecía el interés del niño de tener una familia idónea sobre los derechos de la madre biológica, es decir quien lo engendró asumió la patria potestad y no los padres de quien se obtuvo el embrión.

### **III. INICIATIVA LEGISLATIVA**



El proyecto de ley propone modificar del artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, con la finalidad de que las mujeres, bajo condición de infertilidad, pueda acceder a la reproducción asistida a través de la maternidad subrogada y así ejercer plenamente su derecho humano de formar una familia, tener autonomía reproductiva y acceder a servicios de salud reproductiva.

Texto vigente	Propuesta
<p><i>Artículo 7o.- 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.</i></p> <p><i>Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.</i></p>	<p><i>Artículo 7o.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, <b>RECONOCIENDO LA CONDICION DE MADRE A AQUELLA, CUYO OVULO, CONTEGA SU CARGA GENÉTICA, APEZAR DE QUE LA GESTACIÓN</b> recaiga sobre <b>OTRA</b> persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos <b>Y LA MUJER GESTANTE DE SER EL CASO.</b></i></p> <p><i>Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.</i></p>

#### IV. ASPECTOS NORMATIVOS

Ley N° 26842 - Ley General de Salud

#### V. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DE LA NORMA PROPUESTA

La modificación del artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, busca beneficiar a todas aquellas familias cuya mujer tenga la condición de infertilidad y, así, pueda acceder a la reproducción asistida a través de la maternidad subrogada, ejerciendo

plenamente su derecho humano de formar una familia, tener autonomía reproductiva y acceder a servicios de salud reproductiva.

De la misma manera, la norma propuesta, no genera gasto al tesoro público pues la reproducción asistida a través de la maternidad subrogada será un procedimiento cuyo costo será asumido por cada familia que dese acceder.

## **VI. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGILACIÓN NACIONAL**

La presente iniciativa legislativa propone modificar el artículo 7 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud.

## **IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1 CONCLUSIONES**

#### **Primera**

El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que impide que se asegure la herencia genética en el tiempo y se genere el ambiente familiar en el cual se quiere vivir. Los resultados, a través de la prueba de Chi-cuadrado de Pearson, mostraron un p-valor=0.00 (inferior a 0.05) que establece que una variable vulnera a la otra.

#### **Segunda**

Sobre la legislación de la maternidad subrogada, se halló que los encuestados consideran, en su mayoría, que la legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana (29.69%), que la maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú (31.25%) y que la maternidad subrogada está mejor legislada en otros países (37.5%).

#### **Tercera**

Respecto a los procedimientos de la maternidad subrogada, se encontró que los entrevistados, en su mayoría, consideran que la norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación (35.94%), el procedimiento de maternidad subrogada debe ser penalizado en el Perú (37.50%) y el niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley (39.06%).

#### **Cuarta**

En referencia a la relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño, se encontró que los entrevistados, en su mayoría, no consideran que el niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que alquilo

el vientre (34.38%), que el niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo (34.38%), que la mujer que alquila el vientre en el proceso de maternidad subrogada no es la verdadera madre (31.25%) y que la mujer que dona el ovulo en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre (40.63%).

### **Quinta**

Sobre la autonomía reproductiva, los entrevistados, en su mayoría consideran que la decisión de tener hijos es autónoma por lo que el Estado no puede interferir (37.5%), que el impedimento de maternidad subrogada debería ser inconstitucional, pues, vulnera la autonomía del ser humano (40.63%), que el impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia (31.25%) y que el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva (34.38%).

### **Sexta**

Respeto al acceso a servicios de salud reproductiva, los entrevistados, en su mayoría, manifestaron que, durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna bajo el control sanitario estatal (32.81%), que, durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal (34.38%), que después de la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal (39.06%) y que el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva (34.38%).

## **4.2 RECOMENDACIONES**

### **Primera**

Se recomienda al Congreso de la República legislar sobre la maternidad subrogada, estableciendo quien tiene el derecho sobre el niño, de tal manera que no exista conflicto jurídico entre la madre que dona el óvulo y la que alquila en vientre de alquiler.

### **Segunda**

Se recomienda al Ministerio de Salud, que regule el procedimiento para la maternidad subrogada y presente al Congreso de la Republica una iniciativa legislativa para su reglamentación

## REFERENCIAS

- Alvira, M. P., & Serrato, G. (2017). Derechos humanos para una cultura de paz y reconciliación. Bogotá: Consejería Presidencial para los Derechos.
- Aparisi, Á. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. Cuadernos de Bioética XXVIII, 163-175.
- Areta, C. (2011). Maternidad subrogada. Revista Ciencias Biomédicas, 91-97.
- Benítez, M. (julio-diciembre de 2017). La familia: Desde lo tradicional a lo discutible. Revista Novedades en Población, 58-68.
- CIDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro 28 de noviembre de 2012).
- Congreso de la República. (15 de julio de 1997). Ley General de Salud. Obtenido de Ley N° 26842.
- Diario El Comercio. (02 de junio de 2014). La ley debe favorecer a las parejas y frenar los delitos.
- Diario La República. (17 de setiembre de 2018). Prueba de ADN confirmó paternidad de pareja acusada de trata de personas. pág. 13.
- Emakunde. (abril de 2018). ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Recuperado el 6 de diciembre de 2018, de [http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_informes/es\\_emakunde/adjuntos/ges\\_sub\\_vie\\_alq\\_informe.pdf](http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf)
- Enríquez, N. (2017). Técnica de Maternidad Subrogada y la Vulneración del Derecho a la Identidad de los Menores en el Perú". Tesis para optar el Título de Abogado, Universidad Cesar vallejo, Trujillo.

- Estrada, H. (2014). Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo. Informe de Investigación N° 71/2014-2015, Congreso de la República del Perú, Lima.
- Guerra, M. J. (2017). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional. *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 39-51.
- Guerrero, S., & Hinestroza, L. (2017). El concepto de derechos humanos frente a los derechos de las minorías étnicas. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 20(40), 27-41.
- Gutiérrez, R., Díaz, K., & Román, R. (febrero de 2017). El concepto de familia en México: una revisión desde la mirada antropológica y demográfica. *Revista Ciencia Ergo-Sum*, 23(3), 219-228.
- Hernández, A., & Santiago, J. (2011). Ley de maternidad subrogada del Distrito Federal. *Boletín Mexicano del Derecho Comparado*, 1335-1348.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill Education.
- Ibeas, E. (2016). Vientres de alquiler y dignidad humana. En U. C. Plata (Ed.), *La vida humana y la preservación de la casa común*. Burgos.
- Jouve, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioético*, 153-152.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. *Revista para el análisis del derecho*, 10-49.
- López, J. (mayo-agosto de 2017). Dimensión económica de la maternidad subrogada ("Habitaciones en alquiler"). *Revista Cuadernos de Bioética*, 28(2), 199-218.

- López, O., & López, S. (2015). Derecho a la Salud en México. México: Editorial Casa abierta al tiempo.
- ONU. (10 de diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Obtenido de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/span.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/span.pdf)
- ONU. (2016). Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios N° 26. Ginebra: Courand et Associés de la Unión Interparlamentaria.
- Orbea, B. (2012). Derechos contenidos en la maternidad subrogada gestacional. Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Quito.
- Pérez, D. (2015). Presupuestos éticos y jurídicos mínimos que se deben tener en cuenta ante una inminente regulación de técnicas de reproducción asistida en el Perú. Tesis para optar el grado de magíster, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.
- Rodríguez, R. (2017). Los retos del derecho frente al avance de las nuevas tecnologías en reproducción humana asistida: Un caso de vientre subrogado. Revista Ius Inkarri, 175-187.
- Valdés, C. (2014). La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 459-482.
- Valencia, J. (julio-diciembre de 2016). La familia en el marco de la justicia transicional: retos y reconocimientos. Revista Ago-Usb, 16(2), 359-678.
- Vega, S. (2017). Implantación del principio de Mater Semper Certa Estm en los casos de útero subrogado. Tesis para optar el grado de abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.



Villabella, C. (junio de 2016). Constitución y familia. Un estudio comparado. Revista *Dikaion*, 25(1), 100-131.

Villarán, L. (2016). *La Constitución peruana comentada*. Lima, Perú: Centro de Estudios Constitucionales. Tribunal Constitucional del Perú.

## **ANEXO**

## **IMPEDIMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO HUMANO DE FORMAR UNA FAMILIA**

Saludos cordiales, la siguiente investigación tiene por objeto establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018. Por ello, le pedimos que conteste las siguientes preguntas de la manera más objetiva, pues sus respuestas son muy importantes para nosotros.

Sexo: \_\_\_\_\_

Edad:

- a. Menos de 25 años
- b. De 26 a 35 años
- c. De 36 a 45 años
- d. De 46 a 55 años
- e. Más de 56 años

Experiencia litigando:

- a. Menos de 10 años
- b. De 11 a 20 años
- c. De 21 a 30 años
- d. Más de 31 años

### **Legislación de la maternidad subrogada**

1. La legislación de la maternidad subrogada en el Perú no está acorde a los avances científicos de la reproducción humana. (-)
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
2. La maternidad subrogada debe ser reglamentada en el Perú. (-)
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
3. La maternidad subrogada está mejor legislada en otros países. (-)
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.

### **Procedimiento de la maternidad subrogada**

4. La norma debe reconocer el procedimiento de la maternidad subrogada como una alternativa para la procreación

- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
5. El procedimiento de maternidad subrogada debe ser penalizado en el Perú.
- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
6. El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada tiene una familia conforme a Ley.
- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.

**Relación jurídica de la gestante, padres biológicos y el niño.**

7. El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que alquilo el vientre.
- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
8. El niño que nace bajo un procedimiento de maternidad subrogada debe estar bajo el cuidado de la madre que donó el óvulo.
- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
9. La mujer que alquila el vientre en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre.
- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
10. La mujer que dona el ovulo en el proceso de maternidad subrogada es la verdadera madre.
- a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.

- d. En desacuerdo.
- e. Totalmente en desacuerdo.

### **Autonomía reproductiva**

- 11. La decisión de tener hijos es autónoma por lo que el Estado no puede interferir.
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
  
- 12. El impedimento de maternidad subrogada debería ser inconstitucional, pues, vulnera la autonomía del ser humano.
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
  
- 13. El impedimento de maternidad subrogada vulnera el derecho a formar una familia.
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
  
- 14. El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de la autonomía reproductiva.
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.

### **Acceso a servicios de salud reproductiva**

- 15. Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede evitar que la gestante lleve una gestación digna bajo el control sanitario estatal.
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.
  
- 16. Durante la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal.
  - a. Totalmente de acuerdo.
  - b. De acuerdo.
  - c. Indeciso.
  - d. En desacuerdo.
  - e. Totalmente en desacuerdo.

17. Después de la gestación, el impedimento de la maternidad subrogada puede afectar la salud reproductiva de la gestante al impedir el acceso al servicio sanitario legal.

- a. Totalmente de acuerdo.
- b. De acuerdo.
- c. Indeciso.
- d. En desacuerdo.
- e. Totalmente en desacuerdo.

18. El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho de acceso a servicios de salud reproductiva.

- a. Totalmente de acuerdo.
- b. De acuerdo.
- c. Indeciso.
- d. En desacuerdo.
- e. Totalmente en desacuerdo.

TITULO: IMPEDIMENTO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LA VULNERACIÓN AL DERECHO HUMANO DE FORMAR UNA FAMILIA EN LOS CIUDADANOS DE PERU, AÑO 2018.		
<p><b>PROBLEMA GENERAL:</b> ¿Vulnera el impedimento de la maternidad subrogada el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL:</b> Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera la autonomía reproductiva en las familias de Perú, año 2018.</li> <li>Establecer si el impedimento de la maternidad subrogada vulnera el acceso a servicios de salud reproductiva en las familias de Perú, año 2018.</li> <li>Desarrollar una propuesta normativa que modifique el Artículo 7 de la Ley 26842, Ley General de Salud.</li> </ol>	<p><b>HIPÓTESIS GENERAL:</b> El impedimento de la maternidad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que se interfiere en la autonomía reproductiva en las personas y el acceso a servicios de salud reproductiva.</p>
<b>TIPO Y DISEÑO</b>	<b>POBLACIÓN Y MUESTRA</b>	<b>TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</b>
<p><b>TIPO DE INVESTIGACION</b> Cuantitativa-Básica</p> <p><b>DISEÑO DE LA INVESTIGACION:</b> No experimental, transversal de tipo causal.</p>	<p><b>POBLACIÓN</b> Totalidad de abogados litigantes de Lambayeque, el cual no se tiene definido, pues, según el Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque, que tiene inscritos a más de 6500 colegiados, no todos los abogados colegiados se encuentran litigando.</p> <p><b>MUESTRA</b> 64 abogados que aceptaron participar de la investigación.</p>	<p><b>TÉCNICAS</b> Para ambas variables se utilizará la encuesta.</p> <p><b>INSTRUMENTO</b> Cuestionario de elaboración propia</p> <p><b>TRATAMIENTO ESTADÍSTICO:</b> Prueba de Chi-cuadrado de Pearson.</p>