

UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZÁN”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



**LA FALTA DE REGULACION DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL
EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROCREACION DE PAREJAS INFERTILES
EN LOS FALLOS EMITIDOS POR TRIBUNALES NACIONALES E
INTERNACIONALES, PERIODO 2004-2017**

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

TESISTAS:

Bachiller: EMPERATRIZ KASANDRA BALDEON IZAGUIRRE

Bachiller: JAVIER NAVAL SALINAS AVILA

ASESOR:

Dr. CÉSAR ALFONSO NÁJAR FARRO

HUÁNUCO, PERÚ

2020

DEDICATORIA

A nuestros padres, por su constante esfuerzo y amor incondicional, por su confianza en nuestra formación profesional.

A nuestros hermanos por ser fuente de alegrías.

A nuestros amigos, por acompañarnos en todo momento.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos al Dr. César Alfonso Nájjar Farro, maestro y amigo, por guiarnos en los aciagos caminos de la investigación.

A nuestros inolvidables maestros de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.

RESUMEN

El estudio realizado, sobre “La falta de regulación de la maternidad subrogada y el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, período 2004-2017”, tuvo como objetivo general determinar si la falta de regulación de la maternidad subrogada, viene conculcando el derecho a la procreación de las parejas infértiles; teniendo como muestra el estudio de los fallos de los tribunales, tanto nacionales como internacionales, emitidos dentro del período 2004-2017.

Lo que nos llevó a formular la siguiente hipótesis, es decir, que la existencia de una falta de regulación de la maternidad subrogada, influye negativamente en el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles, hecho constatado luego de efectuar un análisis hermenéutico de los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales.

La metodología empleada en el estudio realizado fue de nivel descriptivo correlacional, habiendo empleado el diseño investigativo no experimental, correlacional transeccional; ello en razón de no haberse manipulado las variables de estudio, sino que se han observado tal y como se presentan en la realidad de manera objetiva y como se relacionan entre sí. Para lo cual se utilizó como técnicas de investigación el análisis documental y la entrevista, empleándose como instrumentos la Ficha de Análisis Documental y el cuestionario no estructurado.

En tal sentido, el tipo de investigación empleado es el aplicado, pues con los resultados obtenidos en la investigación se pretende dar una solución al problema.

Los resultados del presente estudio determinan que la inexistencia de un pleno ejercicio del derecho de procreación de las parejas infértiles, debido a la deficiente aplicación de la normas en materia de maternidad subrogada, la carencia de las mismas y la falta de experticia de los tribunales en el tema; aspecto que vino a reproducirse en la encuesta a la que fueron sometidos cierto número de profesionales del medio entrevistados, señalando que la falta de reconocimiento legal de la maternidad subrogada afecto el libre ejercicio del derecho a la procreación.

Palabras clave: *Regulación de la maternidad subrogada / derecho a la procreación / parejas infértiles.*

SUMMARY

The general objective of the study entitled: "The lack of regulation of surrogacy and the exercise of the right to procreation of infertile couples in the rulings issued by national and international courts, period 2004-2017", was to determine whether the lack of regulation of surrogacy, has been violating the right to procreation of infertile couples; having as a sample the study of the rulings of the courts, both national and international, issued within the period 2004-2017.

This led us to formulate the following hypothesis, i.e., that the existence of a lack of regulation of surrogacy has a negative influence on the exercise of the right to procreation of infertile couples, a fact confirmed after a hermeneutic analysis of the rulings issued by national and international courts.

The methodology used in the study was of a descriptive correlational nature, having employed the non-experimental, transectional correlational research design; this is because the study variables were not manipulated, but rather were observed as they are presented in reality in an objective manner and as they relate to each other. For this purpose, documentary analysis and the interview were used as research techniques, using the Documentary Analysis Form and the unstructured questionnaire as instruments. In this sense, the type of research used is the applied one, since the results obtained in the research are intended to provide a solution to

the problem.

The results of the present study determine that the lack of full exercise of the right to procreation of infertile couples, due to the deficient application of the norms on the subject of surrogacy, the lack of the same and the lack of experience of the courts on the subject; an aspect that was reproduced in the survey to which a certain number of professionals in the field were interviewed, indicating that the lack of legal recognition of surrogacy affected the free exercise of the right to procreation.

Keywords: *surrogacy regulation / right to procreation/ infertile couples.*

INDICE

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTOS	II
RESUMEN	III
SUMMARY	V
INDICE	VII
INTRODUCCIÓN	XI
CAPITULO I	1
1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACION	1
1.1 Descripción del Problema	1
1.2 Formulación del Problema	3
1.2.1 Problema General	3
1.2.2 Problemas Específicos	3
1.3 Objetivos	4
1.3.1 Objetivo General	4
1.3.2 Objetivos Específicos	4
1.4 Hipótesis	5
1.4.1 Hipótesis General	5
1.4.2 Hipótesis Específicos	6
1.5 Sistema de Variables	7
1.5.1 Variable Dependiente	7
1.5.2 Variable Independiente	7
1.6 Justificación e Importancia	7
1.7 Viabilidad	8
1.8 Limitaciones	9
CAPÍTULO II	10
MARCO TEORICO	10
2.1 Antecedentes de Investigación	10

2.1.1	Antecedentes Internacionales.	10
2.1.2.	Antecedentes Nacionales.	13
2.2	Bases Teóricas	15
2.2.1	La Maternidad Subrogada	15
2.2.1.1.	Antecedentes	15
2.2.1.2.	Definición	15
2.2.1.3.	Teorías sobre la maternidad subrogada Teoría de la intención	16
	Teoría de la contribución genética	16
	Teoría de la preferencia de la madre gestante	17
2.2.1.4.	Formas que asume la maternidad subrogada	17
2.2.1.5.	Instrumentos Legales	18
A.	Regulación Nacional	19
B.	Regulación internacional	21
	Legislaciones que Permiten la Maternidad Subrogada	21
	Legislaciones que prohíben la maternidad subrogada	23
	Legislaciones que no regulan la maternidad subrogada	24
2.2.2.	Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida	25
2.2.2.1	Antecedentes	25
2.2.2.2	Definición	26
2.2.2.3	Clasificación	27
2.2.2.4	Formas que Asume	28
2.2.3	Derecho de Procreación	29
2.2.3.1	Precisiones terminológicas	29
2.2.3.2.	Fundamento de la procreación o reproducción Humana	31
2.2.3.3.	Los derechos fundamentales y derechos humanos en el Estado Constitucional	33
2.2.3.4	Los derechos fundamentales y/o derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano	42
2.2.3.5.	El Sistema de protección de los derechos humanos.	47
2.2.3.6	El derecho de procreación como derecho humano:	51

2.2.3.7.	Posturas discrepantes en la doctrina sobre el derecho a la procreación	57
2.2.3.8.	Políticas públicas frente al derecho a la procreación	60
2.2.3.9.	La infertilidad como problema de salud pública	61
2.2.3.10.	El deber de adoptar disposiciones en el derecho interno peruano a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos.	63
2.3	Definición de Términos Básicos	72
2.3.1	Esterilidad	72
2.3.2	Fecundación	72
2.3.3	Procrear	72
2.3.4	Ovocitos	72
2.3.5	Embrión	73
2.3.6	Útero	73
2.3.7	Gameto	73
2.3.8	La infertilidad	74
CAPÍTULO III		75
MARCO METODOLOGICO		75
3.1	Nivel de investigación	75
3.2	Tipo de investigación	75
3.3	Diseño de la Investigación	76
3.4	Población y Muestra	76
3.4.1	Población	76
3.4.2	Muestra	78
3.5.	Técnicas de recojo de datos	78
3.6.	Instrumentos de recolección y validación de instrumento	79
CAPÍTULO IV		80
RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN		80
4.1.	Procesamiento y presentación de datos	80
4.1.1.	Resultados de la aplicación de ficha de análisis documental	80
4.1.1.1	Falta de regulación de la Maternidad subrogada	83

4.1.1.1.1	Se encuentra establecida la identidad del donante _____	83
4.1.1.1.2	Hubo fácil acceso a Tera de la maternidad subrogada. _____	84
4.1.1.1.3	Ley de la salud otorga facilidades para llevar a cabo la maternidad subrogada _____	85
4.1.1.1.4	Existe política pública de salud pública que promueve la aplicación de las Teras por parte del Estado. _____	87
4.1.1.2	Ejercicio del derecho a la procreación _____	89
4.1.1.2.1	Las personas involucradas acuden al Teras en ejercicio de su derecho a tener una familia. _____	89
4.1.1.2.2	En el proceso hubo libre ejercicio del derecho a la procreación _____	90
4.1.1.2.3	En el proceso ha sido posible el uso, sin limitación alguna de la tecnología reproductiva pertinente _____	91
4.1.2.	Resultados de la entrevista realizada a Jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, especialistas en el campo de derecho constitucional, derecho civil y derecho de familia. _____	93
4.1.3.	RESULTADOS DE LA CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS _____	111
4.1.3.1	Hipótesis General _____	111
4.1.3.2	Hipótesis Especifica 1. _____	113
4.1.3.3	Hipótesis Especifica 2. _____	116
4.1.3.4	Hipótesis Especifica 3 _____	118
4.1.3.5	Hipótesis Especifica 4 _____	121
4.1.3.6	Hipótesis Especifica 5 _____	123
	CONCLUSIONES _____	126
	SUGERENCIAS _____	128
	BIBLIOGRAFÍA _____	130
	NOTA BIOGRAFICA _____	139
	ANEXOS _____	140

INTRODUCCIÓN

El interés suscitado por la investigación del problema relacionado con **“La falta de regulación de la maternidad subrogada y el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, período 2004-2017”**, se vio impulsada en razón de que muchas parejas infértiles, en su afán y deseo de poder conformar una familia, se han visto en la necesidad de recurrir a técnicas de reproducción humana asistida, o también denominada en el campo jurídico, maternidad subrogada, para cumplir dicho fin; sin embargo, se han presentado casos en los cuales la madre gestante demanda a los padres subrogantes a fin de lograr la tenencia del menor concebido, lo cual nos sitúa en una situación compleja de resolver dado que no existe normativa legal vigente sobre el particular.

Por ello, nuestra investigación se hace necesaria a fin de evitar que se siga vulnerando el derecho a la procreación de las parejas infértiles cuando recurran a la maternidad subrogada, siendo las limitaciones más saltantes para llevar a cabo la investigación el poco tiempo con el que se contó para su elaboración, por cuestiones laborales, así como el aislamiento decretado por el gobierno a causa de la pandemia mundial del denominado Covid19.

En ese sentido la investigación se estructuró en cuatro capítulos, que pasamos a explicar de manera breve:

En el capítulo I, se desarrolló los aspectos referentes al problema de investigación, la descripción del mismo, la formulación del problema general y de los problemas específicos, el objetivo general y los objetivos específicos, las hipótesis tanto generales como específicas, las variables de la investigación, la justificación e importancia, la viabilidad para desarrollar la investigación y las limitaciones encontradas.

En el capítulo II, se desarrolló el marco teórico, habiéndose consignado los antecedentes de estudios realizados a nivel nacional e internacional, no encontrándose estudios a nivel regional o local; asimismo se desarrolló las bases teóricas respecto a las técnicas de reproducción humana asistida, explicándose sus antecedentes, definición, clasificación y las formas que asume; respecto a la maternidad subrogada se consignó la definición y las teorías existentes, tales como la teoría de la intención, la teoría de la contribución genética, entre otras; habiéndose desarrollado también la legislación con la que se cuenta a nivel nacional e internacional; finalmente, respecto al derecho a la procreación se consignó sus fundamentos, y su establecimiento como derecho fundamental, así como las posturas discrepantes respecto a este derecho.

En el Capítulo III, se estableció el marco metodológico, en donde se desarrolló el nivel, tipo y diseño de investigación que se utilizó al momento del desarrollo de la

investigación, así como la población y muestra, concluyendo con las técnicas de recojo de datos y los instrumentos de recolección y validación de instrumentos.

Finalmente, en el capítulo IV, se desarrolló la discusión de resultados, presentando el instrumento utilizado y los resultados que se obtuvieron al realizar la investigación, contrastando nuestros objetivos e hipótesis con los resultados obtenidos de la realidad. Para concluir, se desarrollaron las conclusiones y sugerencias propuestas por los autores, así como las referencias bibliográficas utilizadas, y anexos correspondientes.

Dentro de este orden de ideas, el interés y las razones para haber estudiado el problema planteado obedecen, en primer lugar, a las fuertes consecuencias reales que genera la falta de regulación de la maternidad subrogada utilizada por las parejas infértiles en el Perú y, en segundo lugar, para dar cuenta del amplio espacio existente en el ámbito académico para el estudio del derecho a la procreación y las técnicas de reproducción humana asistida, teniendo presente que el Perú vive inmerso dentro de un Estado Constitucional de Derecho, que debe garantizar no solo el reconocimiento o atribución de derechos; sino también su realización material, es decir la plena eficacia de los derechos fundamentales.

CAPITULO I

1. EL PROBLEMA DE INVESTIGACION

1.1 Descripción del Problema

Los avances tecnológicos han ido progresando a gran escala; a pesar de ello, hay circunstancias en las que el uso de dichas tecnologías no se encuentra regulado por normatividad jurídica alguna, dejando en desprotección a las personas que recurren a ella, como el caso de las personas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, con la finalidad de ejercer su derecho a la procreación; sin embargo, dicha práctica no se encuentra legalmente normada, lo cual provoca una colisión de situaciones jurídicas de estos ciudadanos, como el suceso ocurrido el 26 de agosto de 2018, cuando los esposos Rosario de los Ángeles Madueño Atalaya y Jorge Tovar Pérez, ambos de nacionalidad chilena, fueron detenidos en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez por pretender salir del país junto a dos bebés nacidos en el Perú, bajo el procedimiento de reproducción asistida, siendo investigados por el Ministerio Público al haber incurrido presuntamente en el delito de Trata de personas dictándose doce meses de prisión preventiva en su contra; sin embargo, al disponerse la realización de la prueba de ADN al acusado Jorge Tovar Pérez con los recién nacidos y comprobarse que era el padre biológico de los mismos, así como la

declaración de la madre subrogante de nombre “Isabel” (peruana), quien refirió que conoció a la pareja chilena, hace cinco años, cuando trabajaba como enfermera técnica en la clínica Monterrico, aceptó llevar el embarazo subrogado o comúnmente llamado "vientre de alquiler", cuyo embrión fue conformado por un ovulo donado y el espermatozoide de Jorge Tovar Pérez, “por un acto humanitario en apoyar a la pareja chilena”; motivo por el cual se dispuso la libertad de los esposos.

Este hecho ha provocado una serie de reacciones tanto en juristas, médicos especialistas, políticos, grupos colectivos, autoridades y la población en general, quienes han realizado comentarios y reflexiones sobre la práctica de la maternidad subrogada en el Perú, surgiendo posiciones que consideran su empleo como antiético e ilegal que promueve la explotación y trata de personas, y otros que lo consideran como un acto humanitario que ayuda y promueve la realización de la familia en virtud del pleno ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles, quienes son finalmente los que recurren a este tipo de asistencia reproductiva.

En ese contexto, en la tesis, justamente se determinó en qué medida la falta de regulación de la maternidad subrogada influyó en el ejercicio del derecho a la procreación como derecho fundamental de toda persona, en especial de las parejas infértiles, tomando como referencia dispositivos normativos y sendos

fallos emitidos por los Tribunales nacionales e internacionales, en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, como es el caso peruano.

1.2 Formulación del Problema

1.2.1 Problema General

PG: ¿Qué relación existe entre la falta de regulación de la maternidad subrogada y el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los Tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017?

1.2.2 Problemas Específicos

PE₁: ¿Existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados?.

PE₂: ¿Existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los Tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004- 2017?

PE₃: ¿Qué obstáculos legales tienen las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los Tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017?

PE₄: ¿De qué manera los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles?

PE₅: ¿De qué manera los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004-2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo General

OG: Determinar la relación existente entre la falta de regulación de la maternidad subrogada y el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los Tribunales nacionales e internacionales.

1.3.2 Objetivos Específicos

OE₁: Analizar si existen mecanismos legales que permiten una efectiva

realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados.

OE₂: Analizar si existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017

OE₃: Determinar que obstáculos legales tienen las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017.

OE₄: Determinar de qué manera los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

OE₅: Determinar de qué manera los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004-2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

1.4 Hipótesis

1.4.1 Hipótesis General

HG: La falta de regulación de la maternidad subrogada influye negativamente en el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales.

1.4.2 Hipótesis Específicos

HE₁: No existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados.

HE₂: No existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017

HE₃: El obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, es la insuficiente regulación de las TRHA.

HE₄: En los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 no hubo pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

HE₅: Los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo

2004- 2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

1.5 Sistema de Variables

1.5.1 Variable Dependiente

- Ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles.

1.5.2 Variable Independiente

- Falta de regulación de la maternidad subrogada

1.6 Justificación e Importancia

La tesis se justificó por ser un estudio destinado a explorar, explicar, analizar, determinar y sistematizar dentro de un contexto jurídico – legal a la maternidad subrogada, como técnica de reproducción asistida, empleada por las parejas infértiles en ejercicio del derecho a la procreación.

¿Pero por qué nos preocupa e importa la regulación de la maternidad subrogada? Porque su práctica en el país es una realidad vigente, empleada por parejas infértiles con el propósito de realizarse como familia en ejercicio de su derecho a la procreación; es por ello, que es importante determinar si la ausencia de regulación vulnera el ejercicio de este derecho, al no poder contar este grupo de personas con disposiciones normativas que

ayuden y garanticen un adecuado uso y empleo de esta técnica desde su iniciación y desarrollo, así como el establecimiento de la relación paterno filial.

Por otra parte, es importante resaltar que nos encontramos ante personas que sufren de infertilidad; enfermedad que debe ser atendida, a fin de evitar que esta condición sea un obstáculo que limite el ejercicio de sus derechos, circunstancia que justifica investigar si esta situación obliga al Estado a actuar con mayor urgencia y prevalencia, a fin de impedir un estado de desigualdad de condiciones que vulnera el derecho de procrear de dichos ciudadanos.

En ese sentido podemos concluir que la justificación de la investigación consiste en que las parejas infértiles puedan acceder a la maternidad subrogada sin limitaciones de índole legal, que pueda vulnerar su derecho a la procreación.

1.7 Viabilidad

Nuestra tesis fue viable porque contamos con la información relacionada al tema de investigación, existiendo especialistas en derecho en materia civil, familia y constitucional en nuestra región siendo factible la realización de entrevistas a los mencionados especialistas.

1.8 Limitaciones

No se encontraron limitaciones para la realización de la investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEORICO

2.1 Antecedentes de Investigación

2.1.1 Antecedentes Internacionales.

Brajim Beetar (2019) en el artículo titulado: **“La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente”**, revista **socio-jurídico 21(2), 135-166**. Concluye que la ley colombiana debe regular la modalidad gestacional o parcial, donde la madre gestante solo aporte su capacidad gestacional con una finalidad altruista y el marco jurídico adecuado para Colombia será la permisión regulada con limitaciones de la maternidad subrogada.

Jesenia Moreta (2019). **“Análisis de la regulación jurídica de la maternidad subrogada en observancia al derecho a una familia nuclear en el Ecuador”**, proyecto de investigación previo a obtener el título de **Abogada en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador**. Concluye que el problema principal radica en la existencia de un vacío legal que provoca situaciones de vulnerabilidad para las personas que recurren a la maternidad subrogada así como los riesgos de que el recién nacido no sea entregado a sus padres biológicos o nazca con un defecto físico o intelectual que genere situaciones de rechazo. Se debe tener en cuenta los derechos reproductivos, el

derecho a tener una familia y el interés superior del niño, y al Estado compete velar por su cumplimiento y los efectos que tengan.

Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu, (2015).
“Vientres de alquiler: Propuesta de reforma al artículo 2, inciso c); artículo 6; y artículo 30, inciso 2, del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional”, tesis para optar el título de Licenciatura en Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Las respectivas conclusiones son: a) Los avances tecnológicos han hecho posible el empleo de las técnicas de reproducción humana asistida; es posible identificar con más frecuencia cómo dichas técnicas son aceptadas por las legislaciones extranjeras y además cómo Costa Rica mantiene un rezago importante en la regulación de estos temas que actualmente se consideran de gran importancia y están directamente relacionados con el derecho humano a formar una familia propia, b) Esta práctica vendría a ser un alivio para aquellas mujeres que tienen imposibilidad física para gestar, pero sí se encuentran en condiciones para ser madres biológicas. Sobre este punto, hemos dejado claro que conceptos absolutos utilizados en otros países como "madre es quien pare" no tendrían cabida en nuestro ordenamiento jurídico con una regulación de esta naturaleza, ya que la legislación costarricense sobre la reproducción asistida

tendría mayor apertura y equidad para personas que no pueden reproducirse por sus propios medios.

Guerrero Noelia, (2015). “Problemática de la Maternidad Subrogada en la legislación nacional”, tesis para obtener el título de Abogada, de la carrera de Abogacía, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana. Concluye que la experiencia en estos años ha demostrado la importancia de contar con una ley para fortalecer las acciones tendientes a lograr el mejoramiento de la salud en las personas; particularmente, si provienen de grandes cambios y avances tecnológicos o de la ciencia en sí misma.

Mariana de Lorenzi (2015). “El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida”, tesis para optar el grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política, de la Universidad de Barcelona, arribando a las siguientes conclusiones: a) El conocimiento de los orígenes biológicos es un derecho de las personas, el titular tiene la libertad de investigar sobre ello como de no hacerlo, b) debe brindarse únicamente la información requerida por el interesado, adoptando todas las medidas pertinentes para resguardar aquellos datos de los que se pueda inferir la identidad del donante y c) resulta trascendente el asesoramiento previo que

concientize al niño, niña o adolescente sobre el derecho a la intimidad personal y familiar que asiste a los progenitores y la importancia de respetar sus deseos y privacidad.

2.1.2. Antecedentes Nacionales.

Urtecho Chipana, José A. (2018) “El derecho a la procreación de la cónyuge supérstite mediante la fecundación medica asistida post mortem en el Perú”, tesis para obtener el título profesional de Abogado, en la Escuela Académica de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Trujillo. Cuyas conclusiones fueron:

a) la técnica de reproducción humana asistida post mortem permite la posibilidad que la cónyuge supérstite pueda procrear al hijo que había planificado con el esperma crioconservado de su cónyuge premuerto y b) el derecho como producto cultural no es inmutable, sino variable; pero es evidente que el derecho peruano no evoluciona al ritmo del desarrollo de la medicina, específicamente de la biomedicina tecnológica. Esta situación permite la existencia de vacíos legales.

Lagos Correa, Lisbeth Fiorella (2017). “Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú”, tesis para optar el título profesional de Abogada, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Privada del Norte. Concluye que: a)

las parejas infértiles, ya sea casadas o en convivencia, sometidas al procedimiento de Fertilización In-Vitro van en aumento, quienes después de haber realizado cualquier procedimiento para mitigar su infertilidad, se encontraron con problemas jurídicos que los jueces han tenido que resolver de la mano con las insuficiencias regulatorias existentes sobre la Fertilización In-Vitro en nuestro país y b) los médicos peruanos alegan que para los temas de ovodonación y crioconservación de embriones se están tomando medidas para evitar la aglomeración de embriones crioconservados y no se han registrado casos de ovodonación que hayan generado problemas de índole jurídico.

Vassallo Cruz, Kathya Lisseth (2014). “Los llamados derechos sexuales y reproductivos en las políticas demográficas familiares y las políticas públicas en el Perú”, tesis para optar el grado académico de Magister en derecho de Familia y de la Persona, de la Universidad Católica Santo Toribio De Mogrovejo. Cuyas conclusiones son: a) los términos salud sexual y salud reproductiva, surgieron como un apoyo terminológico de las ciencias médicas, con los que se confería nombres a dos ámbitos en donde se desenvolvían tratamientos paliativos a afecciones que se daban en los planos de las relaciones sexuales y de la procreación humana, respectivamente y b) cualquier intento por construir una sociedad no puede desconocer realidades básicas e insustituibles como son: la vida y la familia.

2.2 Bases Teóricas

2.2.1 La Maternidad Subrogada

2.2.1.1. Antecedentes

Los casos más antiguos de maternidad por sustitución se encuentran plasmados en la Biblia, como es el caso de Sara, esposa de Abraham, quien al no poder concebir, ofrece como mujer a su sirvienta, para que pueda concebir, al ser ella estéril; otro caso conocido es el de Raquel, esposa de Jacob, quien ofrece a su sierva, para que dé a luz y los hijos serían de ella.

Es todavía en 1980, cuando en Estados Unidos se da el primer caso de maternidad subrogada (Southern California Reproductive Center, 2019), constituyendo un hito importante en el derecho, al iniciarse una polémica respecto de su práctica como reproducción asistida.

2.2.1.2. Definición

La maternidad subrogada es también denominada en otras legislaciones como subrogación de útero o gestación subrogada, en ese sentido, debe de entenderse por maternidad subrogada cuando una mujer no puede concebir por carecer de útero o no puede llevar un embarazo hasta su término (con el nacimiento de un bebe), siendo conocida como madre subrogada, por lo

que, en esos supuestos, se procede a extraerle el ovulo y será fecundado por el material genético de la pareja, siendo finalmente trasplantado el embrión al útero de la mujer que llevará a cabo el embarazo hasta el alumbramiento del bebé, y su posterior entrega a la pareja siendo conocida como madre subrogante.

2.2.1.3. Teorías sobre la maternidad subrogada

Teoría de la intención

Por esta teoría, se considera como madre a aquella persona que tenga la capacidad y voluntad de criar al recién nacido, siempre que se le otorgue las garantías necesarias para cumplir con esa labor. De este modo, con esta definición puede asumir la maternidad la madre biológica, sin tener importancia que no haya llevado el periodo de gestación. Prima aquí el bienestar y estabilidad del recién nacido, cuyo cuidado y obligaciones corresponde a los padres biológicos (Moreta, 2019, p. 26).

Teoría de la contribución genética

Por esta teoría, se considera solo con derechos sobre el recién nacido a la mujer que aportó su material genético y no a la mujer que llevó el proceso de gestación en la maternidad subrogada. Esta teoría se sustenta en el acuerdo entre la madre que aportó el material genético y aquella que

llevó el proceso de gestación para la entrega inmediata del recién nacido a la madre genética, dejando de lado aquel principio del derecho romano que considera madre a la que pare al hijo.

Pantaleón señala la importancia del material genético en la maternidad subrogada porque es el criterio que decide la identidad del recién nacido (Moreta, 2019, p. 28).

Teoría de la preferencia de la madre gestante

Esta teoría asume el enfoque del derecho romano y considera como madre a la que ha llevado el proceso de gestación y dio a luz. De esta manera, se rechaza la maternidad subrogada y no se reconocen como madres a las personas que se sometieron a esta técnica de reproducción humana asistida (Moreta, 2019, p. 28).

2.2.1.4. Formas que asume la maternidad subrogada

Son cuatro las formas en las que se puede presentar la maternidad subrogada, dentro de las cuales tenemos las siguientes:

Madre portadora, es aquella mujer que padece de una deficiencia uterina o física que le impide gestar, como es el caso de la mujer que carece de útero o de aquella que sufre una enfermedad del corazón y pondría en riesgo su vida el trabajo de parto; en este caso, la madre

portadora y su pareja aportan el material genético del embrión, siendo la única labor de la subrogante, la gestación.

Madre sustituta: es entendida como aquel caso en que la mujer no puede ovular, ni gestar, por lo que la labor de la tercera persona es más amplia dado que implicaría su aceptación a ser inseminada con el material genético del marido.

Ovodonación: en este caso, la mujer puede gestar, pero no puede ovular, por lo que es necesaria la donación del material genético por parte de otra mujer, con la finalidad de que sea fecundada con el espermatozoide del marido, y su implantación de la pareja.

Embriodonación: Este caso, a diferencia de los anteriores, en los que la esterilidad es padecida únicamente por la mujer, abarca también la esterilidad padecida por la pareja, es decir tanto por la mujer como por el varón; en el caso de la primera, no puede ovular ni gestar, y en el segundo, es estéril; por lo que en dicha circunstancia deberá de recurrirse a donantes, tanto de ovulo como de espermatozoide, así como de una tercera persona que lleve a cabo el proceso de gestación (Varsi, 2013, pp. 203-204).

2.2.1.5. Instrumentos Legales

A. Regulación Nacional

En la actualidad, la Ley General de Salud, en su artículo 7, regula el sometimiento a las técnicas de reproducción humana asistida, estableciendo que:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, **siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona.** Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Como se puede observar, la Ley General de Salud solo regula y comprende aquellos casos en los que si bien es cierto, la pareja recurre a las técnicas de reproducción humana asistida, se precisa que la condición de madre genética y gestante deben de recaer en una misma persona, dejando fuera del campo de regulación a los casos de maternidad subrogada; es así que en los últimos años hubieron discusiones teóricas respecto a considerar si el artículo 7 de la ley antes mencionada prohíbe o

permite la maternidad subrogada.

Sin embargo, del análisis literal precedente, se advierte que dicho ordenamiento normativo no prohíbe el hecho de que una pareja recurra a la maternidad subrogada como una forma de poder concebir un hijo biológico, empero al haber establecido expresamente que exista identidad entre la madre gestante y genética se está limitando el derecho a la procreación de la pareja, dado que, como se ha explicado, en la maternidad subrogada, no existe tal identidad, en razón a que las parejas recurren a ella, por la imposibilidad de la mujer de poder ovular y/o gestar; por otro lado, la mencionada ley si regularía los casos en que la esterilidad sea padecida por el varón, recurriendo únicamente la pareja a la inseminación artificial, hechos que se encuentran fuera del problema delimitado, como la maternidad subrogada.

Al respecto, la Corte Suprema ha emitido su pronunciamiento respecto a la ovodonación en la Casación N° 4323-2010 (2011), señalando que, al haber sido admitida expresamente por los intervinientes, la práctica de la fecundación por Fertilización in Vitro y su posterior transferencia embrionaria (suscribiendo para ello la autorización respectiva), hicieron uso de su manifestación de voluntad, siendo válido al ser ratificado en la autorización suscrita; por lo que, en virtud del apotegma jurídico de que lo que

no está prohibido, está permitido, por lo que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que aquella no prohíbe; asimismo, realizando un análisis de los Convenios internacionales ratificados por el Perú, la Corte Suprema permite la ovodonación, haciendo una interpretación in extenso se podría determinar que la maternidad subrogada en sus diferentes facetas está permitida, al ser la ovodonación una de ellas.

B. Regulación internacional

El análisis del derecho comparado se hace dividiéndolo en base a si permiten o prohíben la práctica de la maternidad subrogada, así como de aquellas legislaciones que no la regulan.

Legislaciones que Permiten la Maternidad Subrogada

Grecia: Este país permite la maternidad subrogada en los casos en que la mujer no pueda gestar, debiendo de suscribirse un contrato, exigiéndose como requisito indispensable que la madre biológica y la gestante sean residentes griegas; en Grecia se permiten las técnicas de reproducción humana asistida para paliar los casos de infertilidad o los casos en los que la concepción implique el riesgo de la transmisión de una enfermedad sexual o genética al niño o a la pareja.

Uruguay: Este país en la Ley N° 19.167, establece en su artículo 1: *“quedan incluidos dentro de las técnicas de reproducción humana asistida (...) y la gestación subrogada en la situación excepcional prevista en el artículo 2 de la presente Ley”*, estableciéndose en el segundo párrafo del artículo remitido: *“Exceptuase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio”* (Senado y Cámara de representantes de la República de Uruguay, 2013, pp. 1, 6), este país ha establecido que los acuerdos deberán ser suscritos por todas las partes intervinientes y serán de naturaleza gratuita, estableciendo que la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado o acordado la maternidad subrogada, como se advierte de su propia normativa, la maternidad subrogada se encuentra permitida únicamente en los supuestos referidos resaltando que la madre subrogante puede formar parte del grupo familiar de la pareja .

Israel: Este país ha regulado en la Ley 5746, que las parejas que recurran a la maternidad subrogada deben de estar conformadas por un varón y una mujer, debiendo de justificar la infertilidad o la incapacidad

para gestar; sin embargo, han señalado expresamente que la paternidad del bebé nacido debe ser autorizada por orden judicial, debiendo recaer en los comitentes (Course, 2012, p.13).

Otros países que admiten la maternidad subrogada son la India, Ucrania, Tailandia y Rusia.

Legislaciones que prohíben la maternidad subrogada

Francia: el artículo 16-7 del Código Civil de este país prohíbe la maternidad subrogada, estableciendo de ese modo, que todo convenio relativo a la gestación o procreación por otro es nulo; sin embargo, si permite la práctica de las demás técnicas de reproducción humana asistida, siempre que tengan como finalidad remediar la infertilidad o para evitar la transmisión al bebé o a la pareja de alguna enfermedad especialmente grave, de conformidad con el artículo L.2141-2 del Código de Salud Pública Francés.

España: Si bien es cierto que la legislación peruana y española son similares, la legislación española a diferencia de nuestro ordenamiento, ha legislado expresamente esta técnica, estableciendo en el artículo 10, inciso primero de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida que: *“Sera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la*

gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero” (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 66), como se puede advertir, la legislación española prohíbe la práctica de la gestación subrogada, siendo declarada nula de pleno derecho, determinándose la filiación del menor por el parto. En ese sentido, Flores citado por Betar (2019) señala que la gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en Alemania, Austria, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. En otros Estados no existe ninguna reglamentación al respecto, porque las disposiciones generales la prohíben o no se le tolera o se tiene dudas sobre su hipotética legalidad. Tales son los casos de países como Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino (p. 143).

Legislaciones que no regulan la maternidad subrogada

Colombia: la legislación de este país, al igual que la nuestra, no regula expresamente la maternidad subrogada; sin embargo, la Corte Constitucional del mencionado país ha señalado que *“no existe una prohibición expresa de su práctica, dado que en el artículo 42-6 de su Constitución ha establecido que los hijos habidos en un matrimonio o*

fuera de él, tienen iguales derechos procreados con asistencia científica”

(Sentencia T-986/09, 2015, pp. 55-66).

Argentina: Tampoco existe una regulación expresa en este país, de las técnicas de reproducción humana asistida, Moreta (2019) señala que en este país se descuida la regulación del derecho a la identidad del menor de edad y se pone énfasis, como en otros países, al interés de los adultos sobre la regulación o prohibición de la maternidad subrogada (p. 48).

2.2.2. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

2.2.2.1 Antecedentes

Se reconoce como una de las primeras prácticas de las técnicas de reproducción humana asistida a aquellas que se realizaron en plantas, en los pueblos babilónicos y arábigos quienes polinizaban artificialmente las palmeras para una mayor producción de dátiles; en cambio, en el Imperio Romano y Grecia, se practicó en animales, siendo común en el siglo VI, que los árabes inseminaran artificialmente a sus animales de forma rudimentaria.

Los primeros atisbos de su práctica en humanos se dieron en la edad media, donde el tratamiento de la fertilidad se realizaba con baños en tina que contenía agua con espermatozoides; posteriormente se continuaron las prácticas en animales, iniciándose con los prototipos de congelación de

esperma y su posterior inseminación artificial; es así que en 1800, se logra la primera Fecundación in Vitro del ovocito de una coneja y su posterior transferencia, siendo exitoso, al concluir con el parto de conejos.

El desarrollo de estas técnicas de reproducción en humanos se inició con las primeras inseminaciones realizadas durante los años 1776 y 1779; sin embargo, fue el 2 de julio de 1978, que nace el primer ser humano producto de la aplicación de una técnica de reproducción humana, como la Fertilización In Vitro, siendo la menor llamada Louise Brown.

Otro caso exitoso fue el nacimiento de la primera bebe derivado de un embrión congelado, llamada como Zoe Leyland, conforme a El Pais (1984).

En el caso de América Latina, en 1986 nace en Colombia la primera bebé probeta y en el caso de nuestro país, según El País (2014) se da en 1989.

2.2.2.2 Definición

Según Varsi (2013) las técnicas de reproducción humana asistida constituyen métodos que permiten suplir la infertilidad en la persona, brindándole la posibilidad de tener descendencia y atenuando los efectos de la esterilidad; es decir, son entendidas como métodos alternativos para

una pareja que no puede concebir hijos biológicos, de forma natural, sometiéndose a la práctica de dichas técnicas a fin de poder procrear (p. 202).

En el mismo sentido, Luna citado por Varsi (2013) define a las técnicas de reproducción humana asistida como aquellos procedimientos que, en mayor o menor medida, sustituyen o colaboran en uno o más pasos naturales del proceso de reproducción (p. 202).

La Organización Mundial de la Salud e ICMART (2010) la describe como aquellos procedimientos que comprende la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos para establecer un embarazo, asimismo también engloba la transferencia de embriones, transferencia intratubárica de gametos, cigotos, embriones, así como la conservación, donación de ovocitos y embriones, el útero subrogado (p.10).

2.2.2.3 Clasificación

Cabe precisar que estas técnicas se clasifican en dos:

Inseminación artificial: Es un caso de baja tecnología médica, dado que únicamente consiste en la inoculación de semen en la vagina de la mujer, de forma directa y asistida, teniendo como único fin la procreación,

pudiendo realizarse la selección de los gametos masculinos a inocularse, mas no se permiten otras prácticas médicas.

Fecundación extracorpórea: su práctica implica procesos de alta tecnología médica, dado que la unión entre el ovulo y espermatozoide se realiza fuera del cuerpo de la mujer, es decir que se fecunda en una probeta para su posterior disposición por la pareja (Saavedra, 2018, pp. 6-7).

2.2.2.4 Formas que Asume

En esa misma línea, tanto la inseminación artificial como la fecundación extracorpórea, pueden realizarse de tres formas, las cuales son:

Interconyugal: también conocida como fecundación homóloga, dado que el material genético es aportado por la pareja, entre quienes existe un vínculo matrimonial o de unión de hecho reconocida que le brinda protección jurídica.

Supraconyugal: llamada también fecundación heteróloga, dado que el material genético solo es aportado por uno de los miembros de la pareja, siendo complementado con el material genético de un donante.

Mixta: es una forma combinada, dado que consiste en la mezcla de

semen de diferentes personas, incluyendo el del marido, para su posterior inseminación en la mujer.

2.2.3 Derecho de Procreación

2.2.3.1 Precisiones terminológicas

La Real Academia de la Lengua Española define el término procreación como la acción y efecto de procrear, verbo, que involucra la conducta ya sea de una persona o de un animal, destinada a engendrar un individuo de su misma especie. Asimismo, respecto a los términos reproducción y reproducir, la mencionada academia lingüista los define como el acto de generación de un nuevo ser de la misma especie con características del quien lo engendra, cuyo ámbito de aplicación no sólo se reduce a animales y personas, sino también a otros seres vivos (plantas).

Desde un punto de vista etimológico, se puede apreciar que la palabra procrear procede del latín *procreāre*, cuyo componente léxico son el prefijo «pro» del latín «pro» (a favor, adelante) y «creāre» (crear, engendrar, nombrar), cuyo significado es engendrar hijos.

Asimismo, Ossorio (2012), define a la *procreación* como el “acto de engendrar o concebir un ser”, y *reproducción*, como “Generación o

procreación. Multiplicación del género humano y de otras especies” (pp. 805, 869).

En esa línea, se puede advertir que tanto los términos “*procrear-procreación*” y “*reproducir-reproducción*”, tienen esencia, contenidos similares, aunque el segundo con un campo de aplicación más vasto que el primero, empero, perfectamente aplicables a la especie humana.

En ese orden, se observa que el termino procreación desde sus orígenes y líneas lingüísticas, tiende a una inclinación hacia la generación y producción de nuevos seres humanos, mientras que la reproducción, sin bien con un contenido similar, su campo conceptual es mucho más extenso abarcando a todas las especies de seres vivos.

Por ello, no siendo el objetivo de este estudio analizar minuciosamente contenido y propiedades de estos conceptos, y advirtiendo que en la práctica se utiliza indistintamente los términos “procreación humana” y “reproducción humana”; y, por lo anotado en los párrafos precedentes, la investigación siguió la inclinación a la línea teórica respecto al término “procreación”, sin perjuicio de ello, se empleó ambos términos indistintamente, pues lo importante aquí, es que al hablar de procreación o reproducción humana nos estamos refiriendo a aquel suceso iniciado

biológica o artificialmente cuyo resultado es el nacimiento de otros individuos de la misma especie, en este caso, seres humanos.

Ahora bien, respecto al proceso reproductivo ya sea desde el punto de vista biológico o asistido (médico), desde el cual se define a la procreación humana como el acto mediante el cual se da nacimiento a un nuevo ser, para fines de esta investigación, nos importa el estudio del segundo y su efecto en el ámbito jurídico, como un ya hecho judicializado.

2.2.3.2. Fundamento de la procreación o reproducción Humana

La procreación o reproducción humana, es sin duda uno de los hechos que más trasciende en la sociedad, pues no solo se constituye como un evento esencial que antecede al origen a la vida humana, sino que además es la prolongación misma de nuestra especie. Ello reviste de mayor significado e importancia si recordamos que una de las principales finalidades del matrimonio y la unión de hecho es justamente la procreación.

La sexualidad humana, ha permanecido a lo largo de la historia del *homo sapiens* vigente como una manifestación de la personalidad de hombres y mujeres, lo que ha permitido la convivencia humana y forma

parte del rol asignado a la procreación, al placer, a la salud, a la autoestima y el desarrollo de una comunicación emocional íntima y confiable de la pareja. Así mismo, la sexualidad ha tenido una gran influencia en el comportamiento de las relaciones interpersonales entre hombres y mujeres y un rol importante en la función social de los individuos, de las familias y de la sociedad. Por lo que se considera como una unión de fenómenos emocionales y de conductas interrelacionadas con la sexualidad, la misma que marca de una manera concluyente al ser humano en todas las etapas de su desarrollo.

La procreación o reproducción humana, por lo tanto, constituye una potente manifestación biológica del ser humano, que tiene repercusión en su conducta y en la formación de las parejas, la familia, en el deseo y la capacidad reproductiva y en el avance tecnológico en el terreno de la medicina, creando nuevas situaciones en su aplicación, que incluso, deben ser justificadas moralmente sin trasgredir los principios éticos establecidos en la convivencia humana (Benavides, 2017, p. 567).

Reyes (2008) señala que la procreación no sólo debe ser considerada como un asunto individual, sino como uno de naturaleza social, porque se da necesariamente en un entorno social (p. 03). Asimismo, la procreación permite prolongar la trascendencia de una persona y demostrar a la

sociedad la capacidad reproductora de un individuo o fertilidad de una pareja, ya que se trata de la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y, a través de ella, prolongar la nuestra. De esta forma se acentúa la influencia de las costumbres, ideas y tradiciones de la sociedad en la que se desenvuelve una persona sobre el ejercicio de su sexualidad. En este sentido, cabe resaltar la dependencia del hombre respecto de la sociedad como un factor evidentemente trascendente en el desarrollo y evolución de la humanidad.

En ese sentido, podemos advertir que la vida humana, es un *continuum* que se trasmite de generación en generación de manera ininterrumpida a través de sucesivas fusiones genéticas de los progenitores, emparentando genéticamente a los miembros de la especie humana con nuevos individuos, lo que determina que el objetivo biológico de la reproducción como estrategia evolutiva no ha sido otro que dar continuidad a la existencia del hombre a través del paso del desarrollo genético de generación en generación, determinando las características particulares y excluyentes que posee que se desarrolla en etapas bastante definidas y características.

2.2.3.3. Los derechos fundamentales y derechos humanos en el Estado Constitucional

En el estudio de los derechos fundamentales, se suele encontrar diversas teorías, acepciones y conceptos, acerca de su fundamento, objeto y su función en un Estado Constitucional.

Así, como autorizada doctrina ha señalado, podemos definir al Estado constitucional a partir de tres factores relevantes: a) La supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, sean de naturaleza social o liberal; b) La consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo a derecho de todos los poderes públicos; y, c) La funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía de disfrute de los derechos. (Peña, 1997, p. 37).

Así, para Häberle citado por Fix (2003) los elementos a partir de los cuales se estructura el Estado constitucional vendrían a ser: “(...) *La dignidad de la persona humana como premisa, realizada a partir desde la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad* (...) *el principio de la soberanía popular* (...) *la Constitución como contrato* (...) *el principio de la división de los poderes* (...) *los principios del Estado de derecho y el Estado social* (...) *la garantía de los derechos fundamentales, la independencia de la jurisdicción* (...)” (p. 1-2).

Como dice Benda (2001, p. 491) la referencia más decisiva es el

principio fundamental material de garantía de la dignidad humana, del que se infieren en su contenido los pilares constitucionales que integran la concepción política de nuestro Estado: como Estado libre no autoritario de Derecho, como Estado social en libertad y no paternalmente tutelado y como democracia en libertad y no democracia popular.

Bajo este contexto, la dignidad de la persona humana impone al Estado y a la sociedad en su conjunto la obligación de respetar los derechos fundamentales y de evitar todos aquellos actos que puedan menoscabarlos. Pues, no hay mayor respeto a la dignidad que el acatamiento de cada uno de los derechos reconocidos por la Constitución a la persona. (Ramírez, 2015, p. 6).

A partir de ello, podríamos anotar que lo trascendental en el Estado constitucional es la obligación de garantía y realización de los derechos fundamentales o humanos.

Ahora bien, respecto a los derechos fundamentales, podríamos señalar que históricamente, surgieron como derechos de defensa oponibles al Estado. Es decir, como atributos subjetivos que protegían un ámbito de autonomía individual contra acciones u omisiones derivadas de cualquiera de los poderes públicos. Asimismo, se entendía que los

derechos fundamentales tenían al individuo por sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo, y ello era así, por cuanto se concebía que el objeto de estos derechos consistía en reconocer y proteger ámbitos de libertad o exigir prestaciones que los órganos públicos debían otorgar o facilitar. (Ramírez, 2015, p. 8).

En ese sentido, podríamos definir a los derechos fundamentales como lo considera el profesor Ferrajoli (2007), como todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar. Así, debemos entender por derecho subjetivo a cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, mientras que la noción de status alude a la idoneidad de un sujeto para ser titular de una situación jurídica. (p. 19)

En la misma línea, la expresión “derechos fundamentales”, en el concepto del profesor Guastini (2001), parece encerrar dos matices de significado: Por un lado, se dicen fundamentales aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; y por otro, se dicen fundamentales aquellos derechos que *no requieren el fundamento* del sistema jurídico. Se dicen “formalmente” constitucionales todas (y sólo) las normas

incluidas en un documento constitucional. Se dicen “materialmente” constitucionales todas las normas que, aunque no pertenecen a un documento constitucional (bien porque no existe Constitución escrita, bien porque las normas en cuestión han sido incluidas en simples leyes ordinarias), son relativas a la “materia” constitucional. Son materialmente constitucionales, porque aquellos derechos se refieren a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, así como aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación, o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva, por lo que los derechos fundamentales son también derechos morales o “naturales”. Y como puede observarse, en la noción de “derechos fundamentales” se combinan ideas iuspositivistas y iusnaturalistas. (p. 221- 222).

Dicho ello, podríamos comprender que el concepto de derechos fundamentales comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los

derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica. (Peces, Barba, 1999, p. 37).

Por todo lo dicho, podemos entender a los derechos fundamentales, como aquellos derechos que se reconocen a un sujeto por el mero hecho de ser persona, derechos que no solo le aseguran una actuación positiva del Estado y de los particulares para su realización, sino que además proscriben cualquier actuación que pudiera lesionarlos. (Ramírez, 2015, p. 7).

Por otro lado, en cuanto a los derechos humanos, podemos empezar diciendo que son aquellos todos derechos inherentes a los seres humanos. El concepto de derechos humanos reconoce que a cada ser humano le corresponde disfrutar de sus derechos humanos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otra condición.

Los derechos humanos están garantizados legalmente por el derecho de los derechos humanos, que protege a las personas y los grupos contra las acciones que interfieren con las libertades fundamentales y la dignidad humana. Están expresados en tratados, derecho internacional consuetudinario, conjuntos de principios y otras fuentes de derecho. El

derecho de los derechos humanos adjudica una obligación a los Estados de actuar de cierta manera y les prohíbe realizar determinadas actividades.

Los derechos humanos universales están a menudo contemplados en la ley y garantizados por ella, a través de los tratados, el derecho internacional consuetudinario, los principios generales y otras fuentes del derecho internacional. El derecho internacional de los derechos humanos establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos.

Dicho ello, podemos advertir como primer punto, que cuando hablamos sobre derechos fundamentales o derechos humanos nos refiriendo a los atributos inherentes a la persona por el solo hecho de serlo; es decir, derechos que pertenecen a una persona por ser humano. Por lo que debemos precisar que estos atributos en los que se funda la teoría general de los derechos fundamentales, reciben otras denominaciones, tales como de derechos humanos y derechos constitucionales.

Por ello, la pregunta siempre ha sido si habrá o existe alguna

diferencia entre derechos humanos, fundamentales y constitucionales, o es que estamos haciendo referencia al mismo objeto de estudio, a las mismas atribuciones.

Bajo esa premisa, Pacheco Gómez (1998, p. 45), aclara que si bien históricamente se ha concebido una variedad no poco extensa de términos para hacer referencia a los “derechos humanos”, tales como: derechos naturales, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, libertades fundamentales, libertades públicas, etc., de todas ellas la expresión más adecuada sería la de “derechos fundamentales de la persona humana.

Por su parte, Pérez Luño, citado por Bidart Sánchez (1989), expone otra definición mostrando, según su opinión, la diferencia que existiría entre los términos derechos humanos y derechos fundamentales. Así, refiere que los derechos humanos son un *“conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*, en cambio, los derechos fundamentales son *“aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico*

positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”. (p. 234.).

Dicho ello, podemos advertir que la denominación a estos atributos inherentes a la persona son denominaciones que se refieren al ámbito formal; es decir, derechos fundamentales, derechos humanos o derechos constitucionales, hacen referencia a las mismas atribuciones de la persona, cuya diferencia gira en torno a una cuestión formal, pues cuando cuando estos atributos se encuentran reconocidos y garantizados a nivel de los diversos ordenamientos jurídicos estatales, lo vamos a conocer con el nombre de derechos fundamentales y/o constitucionales y cuando esos mismos atributos se encuentran garantizados o protegidos a nivel internacional, por los ordenamientos jurídicos internacionales, nosotros vamos a conocerlos como derechos humanos. Por lo que la diferencia no es lo material, la diferencia de la denominación es formal, cuando esos atributos se encuentran reconocidos o protegidos a nivel interno a nivel de los estados se denominan derechos fundamentales y/o constitucionales y cuando esos mismos atributos se encuentran reconocidos en el ámbito internacional hablamos de Derechos Humanos.

Hay otra posición que dice que la diferencia responde a una cuestión filosófica, pues se señala que la denominación de derechos fundamentales

y/o constitucionales hace referencia a la positivización de derechos, al renacimiento jurídicos de estos atributos, mientras la denominación derechos humanos hace referencia a la concepción más amplia de esos atributos.

En ese orden, sin perjuicio de las pequeñas diferencias que puedan percibirse de cada una de las definiciones estudiadas, para los fines de la presente investigación basta con comprender que en toda noción de derechos fundamentales o derechos humanos subyace la atribución de esencialidad y preponderancia como atributos de la persona humana. Ya sea porque dan fundamento al sistema o por la privilegiada posición jerárquica en que se ubican los textos que las contienen, lo cierto es que estos derechos son los más importantes del ordenamiento jurídico, tanto porque resguardan las facultades más esenciales de la persona por el solo hecho de ser humano, como por su carácter contralor del poder y esencia misma del Estado.

2.2.3.4 Los derechos fundamentales y/o derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano

Conforme el artículo 43 de la Constitución Política del Estado, el Perú es un Estado social y democrático, que tiene como uno de sus deberes primordiales el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Bajo la fórmula del Estado democrático y social, nuestro país se adscribió al modelo de Estado conocido como Estado constitucional.

Es por ello, que el artículo 1 de la Constitución proscribire: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Y ello, no es más que el reflejo del modelo de Estado en el que nos encontramos inmersos: el Estado constitucional.

De allí, que el Tribunal Constitucional en el caso del ciudadano Manuel Anicama Hernández, en la Sentencia N.º 1417-2005-AA/TC., ha señalado que: *“Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución)”*.

Es por ello que, al decir del supremo intérprete de la Constitución: “la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez

derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no solo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios y valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales”.

Así, precisa el Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 976-2001-AA/TC –Caso: “Eusebio Llanos Huasco”–, fundamento 5., que los derechos fundamentales no son solo derechos públicos subjetivos, esto es, libertades que garantizan solo un *status negativus*, la preservación de un ámbito de autonomía personal oponible al Estado; sino que además denota la existencia de ciertos límites a la autonomía privada. Es decir, en palabras del supremo intérprete de la Constitución: “... Los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada. Este especial deber de protección que se deriva de esta concepción objetiva de los derechos

fundamentales, impone como una tarea especial del Estado su intervención en todos aquellos casos en los que estos resulten vulnerados, independientemente de dónde o de quiénes pueda proceder la lesión. Con lo cual entre los sujetos pasivos de los derechos ya no solo se encuentra el Estado, sino también a los propios particulares.

De allí que, se puede hablar de una eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales. La primera de ellas alude a la vinculación del poder público (entre ellos del legislador y el juez), mientras que la segunda a la vinculación de los particulares.

Los derechos fundamentales constituyen el presupuesto indispensable para un adecuado funcionamiento del sistema democrático (derecho a la vida, a la integridad personal, la libertad personal, la igualdad, el derecho a la verdad derivado del principio-derecho de la dignidad humana y del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva).

A la luz de lo expuesto, queda claro que los derechos fundamentales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico.

Es por ello, que a la pregunta de ¿Qué son los derechos humanos en el Perú? Debe entenderse que son derechos cuyo respeto, protección y promoción son indispensables para que cada ser humano,

individualmente o en comunidad, pueda desarrollar su proyecto de vida dignamente y en libertad.

Todos los seres humanos, por su sola condición de tal, gozan de derechos humanos, sin distinción por razón de raza, sexo nacionalidad, religión, edad, condición económica, social o política, orientación sexual, identidad de género o de cualquier otra índole. Están reconocidos y protegidos por la Constitución Política del Perú y por los tratados internacionales sobre la materia.

El Perú pertenece al Sistema Interamericano de Derechos Humanos en mérito a haberse adscrito a la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, tomando en consideración el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que ad pedem literae: “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte” (el subrayado es agregado), los pronunciamientos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos, mediante sus sentencias, también son parte del Sistema Interamericano.

2.2.3.5. El Sistema de protección de los derechos humanos.

La Carta de las Naciones Unidas posicionó a los derechos humanos como un elemento fundamental en la esfera de las obligaciones internacionales, este fue el primer instrumento que empleó la terminología “derechos humanos”. Dentro de los propósitos de esta organización se encuentra incluir la cooperación en la “promoción y alentar el respeto por los derechos humanos”. (Nijhoff, 1998, p. 6.)

En el derecho internacional, los tratados internacionales de derechos humanos en el marco de Naciones Unidas y de la Organización de los Estados Americanos son numerosos y abarcan diversas materias, tratados que jurídicamente obligan internacionalmente al Estado peruano. Esta obligación jurídica internacional se deriva del hecho de que el Perú es Estado Parte de dichos tratados, sea mediante su ratificación o adhesión.

Un sistema de protección de derechos humanos es un mecanismo implementado en el marco de una organización internacional, ya sea de carácter universal o regional, con la finalidad de asegurar que los Estados que pertenezcan a su sistema, respeten y promuevan los derechos

humanos de las personas que están bajo su jurisdicción.

La base fundamental que subyace en los derechos humanos es brindar las condiciones necesarias para la realización del potencial humano. En efecto, los tratados en materia de derechos humanos se encuentran dentro de los cuerpos normativos más importantes de nuestro tiempo (Nijhoff, 2006, p.187)

Es importante precisar que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos parten de la premisa de que los ordenamientos jurídicos estatales están preparados para asegurar el cumplimiento efectivo de sus normas y pronunciamientos, activándose el funcionamiento en la esfera internacional solo ante la imposibilidad o inacción del sistema estatal.

En la actualidad, existen diversos sistemas de protección y el Perú pertenece a dos de ellos: los sistemas Universal e Interamericano de protección de derechos humanos. En ese sentido, las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado peruano pueden acceder a uno de estos dos sistemas en caso se hayan agotado previamente los recursos internos.

Por ello, siendo que una de las fuentes del ordenamiento jurídico

peruano es la jurisprudencia, son las sentencias de Cortes, en especial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculantes jurídica y políticamente al Estado.

Es una institución que se utiliza para aplicar el derecho internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana,

en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Los sistemas internacionales o regionales de protección de los derechos humanos, tienen un carácter subsidiario a los sistemas nacionales, es decir, actúan como última ratio cuando los Estados han fallado en brindar la protección debida a los derechos de las personas.

A nivel del sistema interamericano esto constituye una premisa fundamental, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intervienen cuando se han agotado todos los mecanismos internos que establece un país para hacer efectiva la protección de los derechos humanos, en otras palabras, sólo se puede acceder al plano regional cuando no hay manera de encontrar remedio dentro del Estado, ya sea porque se intentaron todas las vías administrativas y judiciales posibles, o porque estas son inexistentes o insuficientes para ofrecer tutela efectiva.

En palabras de la Corte Interamericana, y como lo ha señalado desde

sus primeros casos: “La regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria de la interna”.

Lo señalado implica que los mecanismos de protección de los derechos humanos, en nuestro país, no se agotan con las herramientas tutelares del derecho interno, sino más bien se extienden a mecanismos supranacionales. Es desde esta perspectiva que se procederá a indagar si existe un reconocimiento del derecho a la procreación.

2.2.3.6 El derecho de procreación como derecho humano:

Los avances de la Ingeniería Genética han sido una de las principales causas para entender el desarrollo de nuevos derechos debido a los cambios sociales y científicos que se han desarrollado a través de la historia y de la cual el derecho debe procurar atención; tal es el caso de la primera niña probeta peruana que nació el 27 de febrero de 1989 o el caso reciente donde la Corte de Justicia del Callao dictó 12 meses de prisión preventiva contra una pareja chilena aduciendo que estos se dedicaban a la trata de personas, cuando en realidad la pareja habría recurrido al vientre de alquiler para concebir a dos mellizos.

A nivel doctrinario se ha considerado que:

Es de esperar que, ante una realidad inocultable, los juristas de nuestro país estudien la delicada problemática de la inseminación artificial y fecundación artificiales a fin de otorgarle, cuando fuese oportuno, un tratamiento normativo concorde con los valores jurídicos y las exigencias ético-sociales (Fernández, 1986, p. 47).

Son en estos casos que surge el reconocimiento de una titularidad compartida sobre el derecho de procreación que tendrían los cónyuges para determinar su proyecto de vida familiar. Ahora bien, el derecho de procreación tiene varias nomenclaturas como derecho de reproducción humana, derecho a utilizar las fuerzas genéticas o derecho de la pareja a tener descendencia. Por lo que, debe de ser concebido como un derecho subjetivo derivado principalmente del derecho a la vida y como tal, engloba el derecho a tener hijos y a emplear cualquier método conducente a lograr la descendencia, debiendo recalcarse que no es un derecho de titularidad individual, dado que su ejercicio exige la concurrencia de otro sujeto (Varsi, 1997, p.139).

Su naturaleza jurídica deriva del principio de la dignidad de la persona, es así que entre ambos derechos se encuentran dos facetas, la positiva y negativa, el primero contempla la libertad de autodeterminación

reproductiva, donde la decisión de procrear tiene efectos tanto en la vida particular de la persona, como en el futuro a terceros, tales son los hijos y la familia. La protección de este espacio íntimo, libre y personal es una cuestión relacionada con la dignidad y la naturaleza humana, protegido por la Constitución Política, existiendo un mandato de prohibición de instrumentalización de las personas (Saavedra, 2018, pp. 39-40).

El derecho de procreación concierne a la autonomía procreativa en un sentido positivo, dado que surge como un planteamiento originado en establecer la legitimación de las posibilidades para tener hijos ofrecidos por la bioética mediante las técnicas de reproducción asistida, tomándose en consideración que estos son derechos derivados de derechos fundamentales y de titularidad individualizada aplicable a varones y mujeres sin presentarse la colisión jurídica ni moral porque deriva de una decisión dentro de la autonomía privada en constituirse como padre o madre.

Criterio distinto es la autonomía procreativa en su fase negativo, donde el derecho a la procreación no deriva de otros derechos, entonces se le comprende como un derecho particular y propio de cada persona considerando su fundamento en la función estatal de la tutela de la reproducción humana para la conservación de la especie humana por lo

que no se admite renuncia alguna de este derecho (Igareda, 2011, pp. 270-271).

En conclusión, el derecho de procreación comprende aquellas circunstancias en las que una persona tenga el deseo de concebir y no pueda hacerlo de manera natural, por lo que recurre a las diferentes técnicas que propone la Ingeniería Genética con el fin de procrear, sin que ello vulnere los derechos de la unidad psicosomática en desarrollo; por lo que el ordenamiento jurídico es quien debe brindarle tutela desde su inicio.

Respecto de la titularidad del derecho de procreación, cabe señalar que en Francia con la Ley N° 94-654 del 29 de setiembre de 1994, se incorpora el Art. 152-2 al código de Salud Pública regulando que:

La asistencia médica para la procreación está destinada al pedido de una pareja. Tiene por objeto remediar la infertilidad de carácter patológico medicamente diagnosticada. También puede tener por objeto evitar la transmisión de feto de una enfermedad grave. El hombre y la mujer que formen la pareja debe estar con vida, en edad de procrear, casados o que demuestren fehacientemente que tienen dos años de convivencia como mínimo deben consentir previamente la transferencia de embriones (Palacios, 2019, p. 06).

Por lo que también se debería interpretar este derecho como perteneciente a los concubinos que habiendo formado un hogar de hecho durante dos años cumplen con plenos efectos para recurrir a estos métodos de técnicas de reproducción asistida, lo mismo sería aplicable en cuanto al artículo 5° de nuestra Carta Magna. Pero, siendo entendida como una titularidad compartida del derecho de procreación por ambos padres; criterio que ha sido adoptado por legislaciones como la de España que mediante Ley N° 35/1998 reconoce este derecho a la mujer con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Respecto al derecho del concebido, Espinoza (2008) ilustra sobre el caso suscitado en la Corte del Estado de Tennessee el 21 de setiembre de 1989, donde una pareja con problemas de fertilidad se somete a un programa de Fertilización in Vitro homologada, luego de seis intentos fallidos decide optar por la técnica de crioconservación, en diciembre de 1989 realizan la implantación de dos embriones en el útero de la mujer y crioconservan siete embriones; no obstante, sufren la desdicha de no lograr la gravidez. Esto ocasiona la separación de los cónyuges y discusión del control de dichos embriones en los trámites de divorcio (pp. 131-136).

En la Sentencia de primera instancia se determina el reconocimiento del derecho de la mujer a iniciar y llevar el término la gravidez,

sustentando su decisión en la preeminencia del interés tutelar de los pequeños sujetos existentes in vitro, considerando no necesaria la intervención del padre biológico y delineando su decisión en términos de la concepción. La corte de Apelación, en 1990, considera reconocer el derecho de procreación de ambos padres y se concede al padre el derecho de disposición y custodia de los embriones.

Se desprende de lo anterior que la solución debe partir de la naturaleza de los sujetos, y en el caso propuesto prevalece el derecho a la vida (a través del derecho a nacer) de los embriones, al ser considerados como unidades psicosomáticas sujetas a tutela por el ordenamiento jurídico; asimismo, que se recurra a la conclusión en términos del derecho de disponer sobre ellos cae en el concepto de patrimonialismo a la persona; situación que no encaja con las exigencias del derecho actual, sobre todo con lo prescrito en el Art. 1º de la Constitución, el mismo que irradia a todo el ordenamiento jurídico que la persona es el fin supremo del Estado y la sociedad.

También merece atención el Caso Artavilla Murillo vs Costa Rica suscitado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su fundamento 184, estableció que la protección del ser humano, debe de efectuarse desde el momento de la concepción, la misma que se entiende

como la implantación del ovulo y el espermatozoide, no fuera del cuerpo de la mujer sino dentro de su ser. Así termina concluyendo que como pre-embrión se debe entender que fuera del cuerpo son más bienes jurídicos. Por lo que termina recayendo en el mismo criterio en el caso americano, tomando un concepto patrimonialista del ser humano.

Es así que, nosotros compartimos que el embrión concebido extrauterinamente es tan sujeto de derecho como aquel producido por el normal acto sexual, amparándonos a través de la interpretación del Art. 1° del Código Civil y el Art. 1° de nuestra Constitución.

2.2.3.7. Posturas discrepantes en la doctrina sobre el derecho a la procreación

Existe mucha discrepancia respecto al carácter autónomo del derecho a la procreación o que resulta dependiente de otra clase de derechos como por ejemplo del derecho a la libre determinación de la personalidad.

A nivel internacional, el antecedente más remoto del derecho a la procreación se halla en la Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Teherán, el año 1968, documento cuyo artículo 16 señala que *“los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos de sus nacimientos”*

(Saavedra, 2018, p. 16). Aquí no se menciona directamente que haya un derecho a la reproducción, pero se resalta a la procreación como una manifestación de la libertad o autonomía de los padres.

A nivel de la Constitución Política peruana de 1993, tampoco hay mención directa de la procreación, solo se alude indirectamente al derecho a decidir el número de hijos dentro de la Política Nacional de Población que señala su artículo 6.

Luego, surge el concepto de Libertad Reproductiva vinculado al derecho de decidir voluntaria y libremente el momento del nacimiento de los hijos, pero se considera que este se encuentra vinculado a derechos preexistentes, que serían los derechos a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, a fundar una familia, la salud reproductiva, la igualdad.

Jiménez citado por Saavedra (2018) vincula el derecho a la reproducción con el derecho a la vida y el de libre desarrollo de la personalidad, pero siempre y cuando se trate del proceso reproductivo natural tradicional; situación que excluye a las técnicas de reproducción humana asistida y a la maternidad subrogada (p. 18).

Yupanqui citado por Neciosup (2018) indica que los derechos sexuales

y reproductivos constituyen derechos constitucionales implícitos que son manifestación de los derechos fundamentales a la libertad, a la salud y a la intimidad de las personas; por eso, deben ser garantizados a cabalidad (p. 18).

En el momento actual, el derecho a la procreación no se halla previsto de modo directo por ningún instrumento internacional de derechos humanos ni se encuentra regulado por alguna Constitución del civil law o common law; por eso, no cabe considerarlo como un derecho autónomo, es así que la jurisprudencia internacional lo considera como la manifestación del ejercicio de otros derechos, tales como el derecho a fundar una familia o de la libre determinación.

Así se tiene la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Artavia Murillo y otros, de fecundación in vitro, antes mencionada, en la que la Corte reconoce la existencia del derecho a la autonomía reproductiva en la mujer.

Esta sentencia declara la responsabilidad internacional del Estado demandado por la violación de los derechos a la libertad personal, vida privada y autonomía reproductiva. La Corte explico que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los

servicios de salud reproductiva. De esa manera, se señala de forma expresa que el derecho a la procreación se encuentra tutelado por el sistema interamericano de derechos humanos.

Finalmente, la Corte respalda su fundamento en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el que señala que las mujeres tienen el derecho “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permita ejercer estos derechos” (Caso Artavia y Murillo vs Costa Rica, 201, p. 46).

2.2.3.8. Políticas públicas frente al derecho a la procreación

A partir de la Convención Internacional de Población y Desarrollo de 1994 - Convención de El Cairo, se considera que el individuo goza de autonomía sobre su aparato reproductor. No obstante, con las nuevas tecnologías reproductivas se empezó a cuestionar esta autonomía y el rol del Estado al respecto, llegándose a considerar que los derechos reproductivos se sustentan en la libertad de la pareja o individuo para tomar una decisión responsable respecto de cuándo y cuantas veces se puede tener hijos a través de la información y medios para hacerlo y gozando del más alto nivel de salud sexual y reproductiva (Freire, Bezerra,

De Araujo y Zuza, 2016, p. 758).

El aporte de la Conferencia de El Cairo fue valorizar en un sentido positivo el derecho de procreación, que antes solo tenía una connotación negativa, entendiéndose como el derecho a decidir no tener hijos mediante el uso de determinado método de control de la fecundidad; ahora la faz positiva se orienta a cómo lograr esa procreación.

Por otro lado, según Nascimento citado por Freire, Bezerra, De Araujo y Zuza (2016), la infertilidad y la reproducción asistida son consideradas como una de las lagunas en las políticas de atención a la salud de la mujer (p. 760).

Sobre estas políticas, sobretudo en el ámbito de los derechos reproductivos se discute ya desde hace algún tiempo. En la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo antes citada, se estableció que el ejercicio responsable de estos derechos por los individuos debe constituir el sustento fundamental de las políticas y programas gubernamentales y comunitarios en materia de salud reproductiva.

2.2.3.9. La infertilidad como problema de salud pública

Los cambios demográficos, económicos y culturales que están ocurriendo en los países en desarrollo están relacionados con el

incremento de enfermedades vinculadas con la salud sexual y reproductiva; entre ellas, se tienen aquellas que perturban sus procesos y funcionamiento, nos referimos a la infertilidad (Neciosup, 2018, p. 05).

La OMS (Organización mundial de la Salud) define a la infertilidad como la incapacidad de lograr un embarazo clínico luego de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas (Neciosup, 2018, p. 05).

Asimismo, esta definición abarca los siguientes derechos: la elección de una vida sexual satisfactoria con procreación o sin ella, la frecuencia conveniente para tener a los hijos o el acceso a servicios de técnicas reproductivas medicamente asistidas, que permita tener la prole deseada sin ningún riesgo que pueda afectar la salud.

El Ministerio de Salud (MINSA) en el Perú ha señalado con detalle los casos de infertilidad femenina y masculina:

Para el caso femenino son principalmente: la falta de ovulación, la infertilidad de origen tubárico, y la infertilidad femenina no especificada. En el caso de los varones, (...) se asocian a glándulas sexuales accesorias infectadas, anormalidad de plasma seminal, azoospermia no determinada, astenozoospermia idiopática y estreptococo alfa hemolítico; cuya incidencia en los diagnósticos

de infertilidad femenina es actualmente entre 3 y 5% de los casos (Neciosup, 2018, p. 07).

Debiendo entenderse como infertilidad de origen tubarico, a aquel ocasionado por los daños de la trompa de Falopio, ya sea de una o de ambas trompas; situación médica que dificulta y en algunos casos imposibilita la concepción o el embarazo.

En la actualidad, no está considerada la infertilidad dentro de la lista de enfermedades de interés, bajo un enfoque preventivo de salud pública en el Perú. Esto en razón de que se trata de una enfermedad no transmisible y que no genera riesgo inminente de muerte.

2.2.3.10. El deber de adoptar disposiciones en el derecho interno peruano a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hoy en día somos testigos de un interesante periodo para el derecho internacional, vivimos en una época de transformación sobre sus normas, eficacia, así como la relación que guarda con el derecho interno de los Estados. Hay una nueva mirada al derecho internacional desde los ámbitos nacionales, esto se debe a que los propios Estados, en ejercicio de su soberanía, de forma creciente han asumido obligaciones internacionales

en muy diversas materias, las cuales se traducen en normas positivas que delimitan o conducen su actuar.

El principio de universalidad es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos, los Estados tienen el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Todos los Estados han ratificado al menos uno de los principales tratados en derechos humanos, algunas normas fundamentales de derechos humanos gozan de protección universal en virtud del derecho internacional consuetudinario, estableciendo obligaciones vinculantes para los Estados, aún en el caso en que el Estado no haya ratificado el instrumento internacional en cuestión. Los derechos humanos incluyen tanto derechos como obligaciones. Los Estados asumen las obligaciones y los deberes, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos. La obligación de respetar significa que los Estados deben abstenerse de interferir en el disfrute de los derechos humanos, o de limitarlos.

La obligación de protegerlos exige que los Estados impidan los abusos de los derechos humanos contra individuos y grupos. La

obligación de realizarlos significa que los Estados deben adoptar medidas positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos básicos.

El derecho internacional público no establece la manera en la que los Estados deben incorporar sus disposiciones a nivel interno. Una vez que el Estado ha adquirido una obligación internacional es el propio Estado quien, en ejercicio de sus facultades soberanas, determina la forma en la que hará efectivas dichas obligaciones a nivel interno, ya sea a través del método de incorporación directa, o a través de la aprobación y ratificación de los instrumentos internacionales por parte del poder legislativo; cada Estado determina la forma de incorporación de acuerdo a su tradición jurídica. (Jennings, 2008).

En particular la Corte Interamericana ha señalado que de acuerdo al artículo 2 de la Convención, los Estados Parte “se obligan a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención”.

Las técnicas de reconocimiento de esos derechos son variadas “En algunos casos, como en Argentina, el mecanismo fue la

constitucionalización directa y expresa de numerosos tratados de derechos humanos; en otros, como Brasil, el mecanismo fue definir y establecer esos derechos en el texto constitucional; otros ordenamientos como el colombiano o venezolano usaron ambos mecanismos, pues no sólo constitucionalizaron ciertos tratados de derechos humanos sino que además establecieron directamente en la Constitución una amplia carta de derechos de las personas”. (Uprimny, Rodrigo, cit., p. 114).

Por otro lado, existen algunos países de la región cuyos órdenes legales permanecen intactos, sin embargo, en estos casos, ante el silencio del cuerpo normativo interno, la labor de los abogados litigantes, defensores de derechos humanos, funcionarios gubernamentales, y muchos más, ha resultado fundamental para dar plena eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el plano nacional.

Han sido los operadores jurídicos nacionales quienes, a falta de disposición expresa, se han atrevido a mirar más allá de la frontera nacional y aplicado la norma de origen internacional con el objetivo de dar efectividad a los derechos humanos. En estos procesos internos la jurisprudencia constitucional es sumamente relevante pues “[a]signó carácter operativo a los tratados permitiendo que los derechos que

consagraban fueran directamente exigibles ante los tribunales en ausencia de leyes reglamentarias”.

Son los operadores jurídicos nacionales quienes en definitiva han dado vida a este *corpus juris*; son ellos quienes han permitido el salto cuántico de la postulación normativa a una mayor efectividad de los derechos en la práctica.

La Corte IDH ha destacado que como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención Americana; procurando, además, el restablecimiento, de ser posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. De esta forma: la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Para algunos autores, las obligaciones prestacionales señaladas con antelación respecto a la obligación de “respeto” cabrían de una forma más

clara en relación con la obligación de “garantía”. Así, conforme a la obligación de garantía, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de los derechos, sino que además debe emprender acciones positivas. Estas acciones consisten en todas aquellas que resulten necesarias para posibilitar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos y libertades. (Medina, 2005, p. 17).

La Corte IDH ha determinado que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José.

De la obligación general de garantía, asimismo, se derivan otra serie de obligaciones específicas (o formas de cumplimiento) que se han venido desarrollando en la jurisprudencia de la Corte IDH desde sus inicios y que a continuación analizamos.

a) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos

Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales. Las medidas para asegurar el goce y ejercicio de los derechos son medidas positivas que pueden ser generales o especiales.

Desde esa perspectiva, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella; sea a través de la incorporación directa de dichas normas o a través de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquella, lo cual también pueden incluir la existencia de recursos judiciales efectivos. Esta obligación se encuentra relacionada con el contenido del artículo 2º de la Convención Americana sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, que constituyen obligaciones a los Estados complementarias a las establecidas en el artículo 1º del propio Pacto.

b) El deber de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos

El Estado debe adoptar medidas adecuadas, sean normativas u organizacionales, para enfrentar casos de amenazas a los derechos garantizados internacionalmente. En este sentido, para que el Estado se vea obligado a adoptar estas medidas, deberá estarse ante una amenaza seria del derecho y la medida de protección deberá ser proporcional a la amenaza sufrida por el titular del derecho. La obligación de protección no se cumple sólo con la adopción de medidas genéricas, sino que se requieren medidas particulares referidas a la concreta situación del titular de derechos.

c) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos

En caso de que se produzcan violaciones graves a derechos humanos, estos hechos deben ser efectivamente investigados y los responsables deben ser sancionados de acuerdo a la normatividad nacional.⁴⁴ La Corte IDH ha sido también consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos; de investigar seriamente, con los medios a su alcance, las

violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables; así como de imponer las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.

De todo ello, podemos concluir que el Estado peruano está en la obligación no solo de actuar y adecuar sus disposiciones normativas cuando se viola o vulnera derechos humanos, sino que también está en la obligación de realizar una función preventiva para la efectiva realización de los mismos, pues la vulneración a los derechos humanos no solo se da con el accionar del Estado, sino también con una posición de omisión en el derecho interno, pues como se dijo líneas arriba, el contenido esencial de un derecho fundamental está constituido por aquel núcleo mínimo e irreductible que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución y tratados internacionales, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando este queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada.

Por lo que estando a la desprotección del uso de la maternidad subrogada de las parejas infértiles, y el desamparo en el fuero

jurisdiccional por los Tribunales Nacionales, que desconocen legalmente sus consecuencias y efectos jurídicos, el ejercicio pleno del derecho a la procreación resulta evidentemente mermado y vulnerado, pues nos encontramos aquí, con un Estado omisivo en atender, permitir y garantizar aquel derecho humano ya reconocido internacionalmente, el cual hasta ahora no atendido, grupo de personas, cuya incapacidad reproductiva padecen.

2.3 Definición de Términos Básicos

2.3.1 Esterilidad

Es la incapacidad para concebir después de tener relaciones sexuales habituales sin usar métodos anticonceptivos. Es decir, no se logra fecundar el óvulo. Se habla entonces de un problema de fertilidad.

2.3.2 Fecundación

Es cuando el espermatozoide se une con el óvulo.

2.3.3 Procrear

Se hace referencia al hecho de tener descendencia por medio de la reproducción sexual.

2.3.4 Ovocitos

Son células germinales femeninas que se generan en los ovarios. Se

trata de una fase del desarrollo del óvulo, cuando aún no ha madurado; ovocito que finalmente derivará en un óvulo maduro.

2.3.5 Embrión

Es la etapa inicial del desarrollo de un ser vivo mientras se encuentra en el útero, este término se aplica hasta la octava semana desde la concepción (fecundación). A partir de la octava semana, el embrión pasa a denominarse feto.

2.3.6 Útero

Es el órgano reproductor femenino de los seres humanos y mamíferos, encargado de la gestación. El útero es un órgano muscular, en forma de pera invertida, situado por detrás de la vejiga y por delante del recto, los dos tercios superiores del útero reciben el nombre de cuerpo de útero y el tercio inferior se conoce como cuello del útero o cérvix y en cada uno de sus lados hay un ovario que produce óvulos que llegan a través de las trompas de Falopio.

2.3.7 Gameto

Es una célula que tiene una función reproductora. En el ser humano podemos distinguir los gametos masculinos (espermatozoides) y los gametos femeninos (óvulos). Cada gameto tiene 23 pares de cromosomas. Los espermatozoides se producen en los testículos del

hombre y los óvulos en los ovarios de la mujer.

2.3.8 La infertilidad

Es la dificultad para lograr o mantener un embarazo. Los problemas de fertilidad se pueden presentar en mujeres y en hombres, y pueden tener muchas causas.

CAPÍTULO III

MARCO METODOLOGICO

3.1 Nivel de investigación

Los estudios descriptivos consisten en describir fenómenos, situaciones, especificar propiedades, recogiendo información de manera independiente o conjunta sobre las variables sin indicar necesariamente como se relacionan estas.

Por su lado, los estudios correlacionales tienen por finalidad conocer la relación o grado de asociación que exista entre dos o más conceptos o variables en una muestra o contexto en particular (Hernandez, 2014, p. 80).

En base a ello, el nivel de la investigación fue descriptiva y correlacional, dado que se busca entender la relación entre la regulación de la maternidad subrogada y el ejercicio del derecho a la procreación para lo cual se tomará como referencia el estudio de la experiencia humana, contenido en la jurisprudencia respecto a las experiencias de las personas con infertilidad que se han sometido a maternidad subrogada como una técnica de reproducción, así como los estudios realizados de forma parcial por algunos estudiosos del tema.

3.2 Tipo de investigación

Una investigación es aplicada, cuando se dirige a su aplicación inmediata y no al desarrollo de teorías (Tamayo citado por Ramírez, S/F, 37) en base a ello el tipo de investigación fue aplicada, ello debido a que está destinada a resolver los problemas que se dan en la realidad como es el caso de la práctica de la maternidad subrogada.

3.3 Diseño de la Investigación

Según Hernández una investigación es no experimental dado que no se han manipulado las variables para ver como inciden dichos cambio sobre otras variables, sino que se ha observado el problema tal cual se desarrolla en su contexto normal. (2014, p 149).Es transeccional porque se recolectan datos en un solo momento, en un tiempo único, cuyo propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación en un momento dado. (Hernández, 2014, p. 151). En ese sentido, el diseño de la investigación es no experimental, transeccional, descriptivo correlacional;

3.4 Población y Muestra

3.4.1 Población

En la investigación la población estuvo conformada en primer lugar por todos los fallos nacionales e internacionales emitidos entre los años 2004 al 2017 sobre la maternidad subrogada, que hacen un total de 11, cuyo detalle es el siguiente:

Cuadro 1. Población de la investigación

N°	ORGANO JURISDICCIONAL	FECHA
01	Corte Europea de Derechos Humanos	03/11/2011
02	Corte Europea de Derechos Humanos	26/06/2014
03	Corte Europea de Derechos Humanos	26/09/2014
04	Corte Europea de Derechos Humanos	21/07/2016
05	Corte Europea de Derechos Humanos	24/01/2017
06	Tribunal Supremo Español	02/02/2015
07	Corte Constitucional de Colombia	21/11/2016
08	Corte Interamericana de Derechos Humanos	29/11/2016
09	Sala Civil Permanente Corte Suprema de Justicia	11/08/2011
10	Sala Civil Permanente Corte Suprema de Justicia	06/12/2011
11	Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima	21/02/2017

Fuente: Elaboración Propia

Asimismo, se tuvo en cuenta como población, las opiniones de expertos en la materia y en el campo del derecho Civil, en este caso Jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco.

3.4.2 Muestra

La muestra fue conformada, en base a la naturaleza de la investigación, así como a juicio de los investigadores, en referencia a la utilidad que ofrecieron para realizar la investigación, por ello, se utilizó el muestreo no probabilístico, muestreo intencionado o de casos típicos.

De este modo, la muestra estuvo constituida por 08 fallos internacionales y 03 nacionales, escogidos mediante un muestreo no probabilístico, muestro intencionado o de casos típicos, siendo estos fallos “elegidos a criterio del investigador y dependiendo de las características de la investigación” (Díaz, 2010, p. 40).

Respecto a la muestra conformada por jueces, se utilizó el muestreo no probabilístico, muestreo por conveniencia, constituyéndose la muestra por 10 profesionales en Derecho Constitucional, Civil y de Familia.

3.5. Técnicas de recojo de datos

Se utilizaron como técnicas el análisis u observación documental y la entrevista estructurada; a través del primero, se analizaron las expresiones y argumentos que brindaron los magistrados en los fallos, al momento de resolver las demandas interpuestas respecto a los derechos afectados, por no encontrarse regulada la maternidad subrogada, así como las circunstancias en las que se dieron. Mientras

que con la segunda técnica, se recopilaron las opiniones de los especialistas en Derecho Civil, Derecho Constitucional y Derecho de Familia, respecto a la aceptación – rechazo de la práctica de la maternidad subrogada en sus distintas formas, así como sus recomendaciones ante su futura regulación.

3.6. Instrumentos de recolección y validación de instrumento

Respecto a los instrumentos, se aplicó la Matriz de Análisis Documental para los fallos obtenidos tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

En el caso de la opinión de expertos, se utilizó como instrumento la guía de entrevista, a que se aplicó a magistrados expertos en Derecho Constitucional, Derecho Civil y Derecho de Familia.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

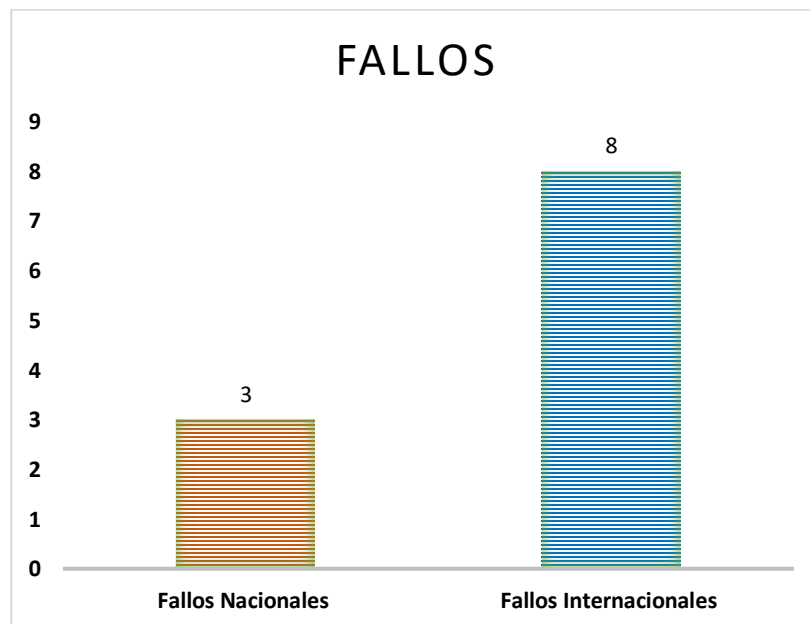
4.1. Procesamiento y presentación de datos

4.1.1. Resultados de la aplicación de ficha de análisis documental

ASPECTOS GENERALES

Población: Todos los fallos nacionales e internacionales emitidos entre los años 2004 al 2017 sobre la maternidad subrogada, cuyo detalle es el siguiente:

Muestra: 8 fallos internacionales y 3 nacionales.



El orden de revisión de los fallos fue el siguiente:

	Fallos
1	Casación N° 563-2011-Lima
2	Casación N° 4323-2010-Lima
3	Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05
4	Sentencia T-274-2015
5	Caso Gomez Murillo y otros vs. Costa Rica
6	Recurso 245/2012
7	Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia
8	Caso Y Fulet Bouvet vs. Francia
9	Caso Labasse vs. Francia
10	Caso Menneson v. Francia
11	Caso SH y otros vs. Austria

	VARIABLES	Falta de regulación de la maternidad subrogada												Ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles									
	INDICADORES	Se encuentra establecida la identidad del donante			Hubo fácil acceso a la Tera de la maternidad subrogada			Ley de la salud otorga facilidades para llevar a cabo la maternidad subrogada			Existe política pública de salud pública que promueve la aplicación de las TERHA por parte del Estado			Las personas involucradas acuden al TERHA en ejercicio de su derecho a tener una familia			En el proceso hubo libre ejercicio del derecho a la procreación			En el proceso ha sido posible el uso, sin limitación alguna de la tecnología reproductiva pertinente			
	ITEMS	SI	NO	N/M	SI	NO	N/M	SI	NO	N/M	SI	NO	N/M	SI	NO	N/M	SI	NO	N/M	SI	NO	N/M	
1	Casación N° 563-2011-Lima			X			X			X			X			X	X					X	
2	Casación N° 4323-2010-Lima		X			X		X					X		X		X					X	
3	Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05		X		X			X					X	X			X					X	
4	Sentencia T-274-2015			X			X			X		X		X				X				X	
5	Caso Gomez Murillo y otros vs. Costa Rica			X			X			X			X	X				X				X	
6	Recurso 245/2012		X				X			X			X		X			X				X	
7	Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia		X		X				X				X	X				X				X	
8	Caso Y Fulet Bouvet vs. Francia		X		X				X				X	X				X				X	
9	Caso Labasse vs. Francia		X		X				X				X	X				X				X	
10	Caso Menneson v. Francia		X		X				X				X	X				X				X	
11	Caso SH y otros vs. Austria		X		X				X				X	X				X				X	
	TOTAL	0	8	3	6	1	3	2	5	4	0	1	10	8	2	1	3	8	0	0	0	10	1

Cuadro2. Resultados de la aplicación de Matriz de Análisis Documental a los Fallos

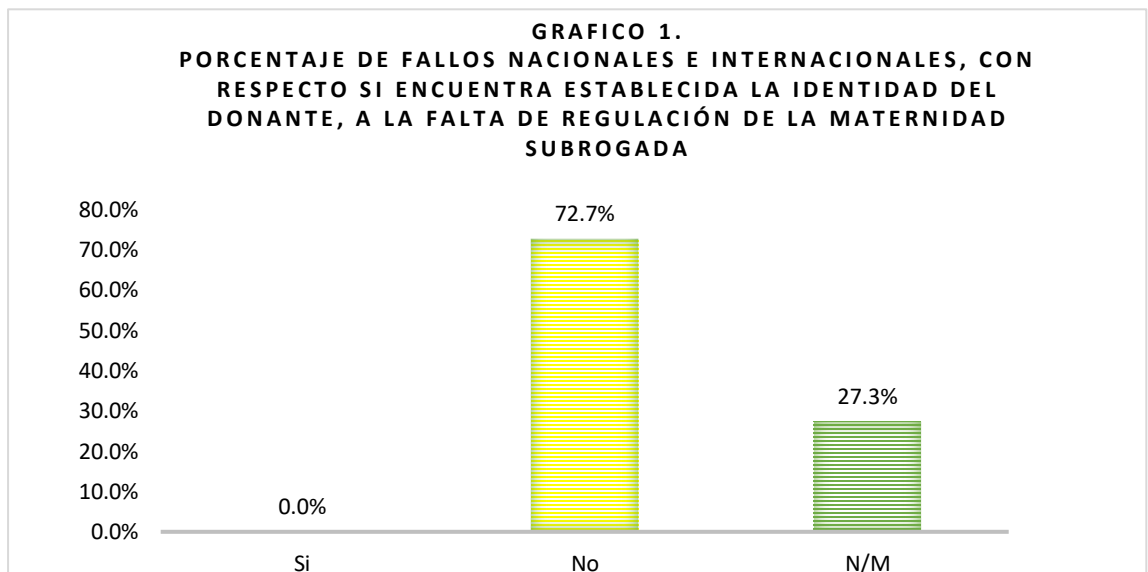
4.1.1.1 Falta de regulación de la Maternidad subrogada

4.1.1.1.1 Se encuentra establecida la identidad del donante

Tabla 1. Resultados de la muestra que se realizó a las fallas nacionales e internacionales, con respecto si encuentra establecida la identidad del donante, a la falta de regulación de la maternidad subrogada.

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional		f	%
		F	%	f	%	f	%
3	N/M	1	33.3%	2	25.0%	3	27.3%
2	No	2	66.7%	6	75.0%	8	72.7%
1	Si	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente: Análisis realizados a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017

Interpretación

De la tabla 1 y Grafico 1 podemos Observar que el 72.7% del total de fallas encuestados manifiestan que, no encuentra establecida la identidad del donante, a la falta de regulación de la maternidad subrogada. Mientras que un 27.3 % de fallas no menciona.

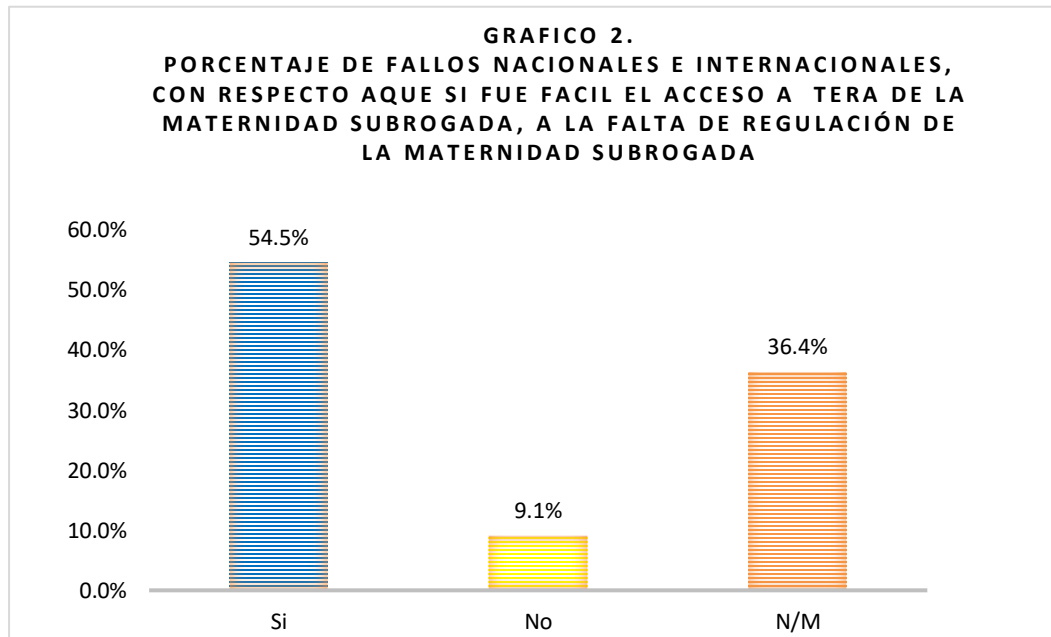
4.1.1.1.2 Hubo fácil acceso a Tera de la maternidad subrogada.

Tabla 2. *Resultados de la muestra que se realizó a las fallas nacionales e internacionales, con respecto a que, si fue fácil el acceso a Tera de la maternidad subrogada, a la falta de regulación de la maternidad subrogada.*

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional			
		F	%	f	%	f	%
1	Si	1	33.3%	5	62.5%	6	54.5%
2	No	1	33.3%	0	0.0%	1	9.1%
3	N/M	1	33.3%	3	37.5%	4	36.4%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente:

Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.

Interpretación

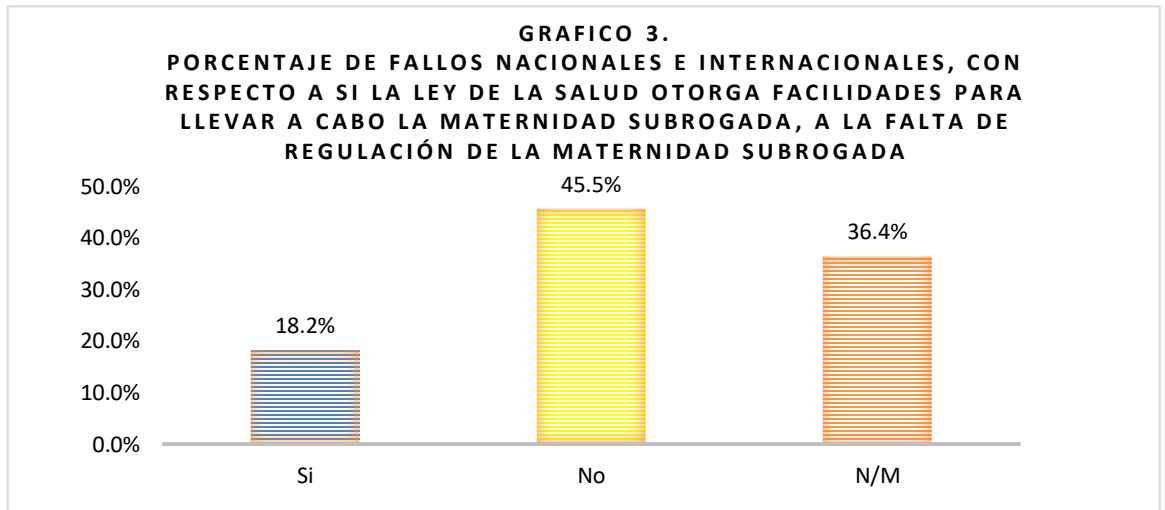
De la tabla 2 y Grafico 2 podemos Observar que el 54.5% del total de fallas encuestados manifiestan que, si fue fácil el acceso a Tera de la maternidad subrogada, a la falta de regulación de la maternidad subrogada. Mientras que un 9.1% menciona que no fue fácil el acceso a Tera de la maternidad subrogada y 36.4% No me menciona.

4.1.1.1.3 Ley de la salud otorga facilidades para llevar a cabo la maternidad subrogada

Tabla 3. Resultados de la muestra que se realizó a las fallas nacionales e internacionales, con respecto a que, si la Ley de la salud otorga facilidades para llevar a cabo la maternidad subrogada, a la falta de regulación de la maternidad subrogada.

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional			
		F	%	f	%	f	%
1	Si	2	66.7%	0	0.0%	2	18.2%
2	No	0	0.0%	5	62.5%	5	45.5%
3	N/M	1	33.3%	3	37.5%	4	36.4%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.

Interpretación

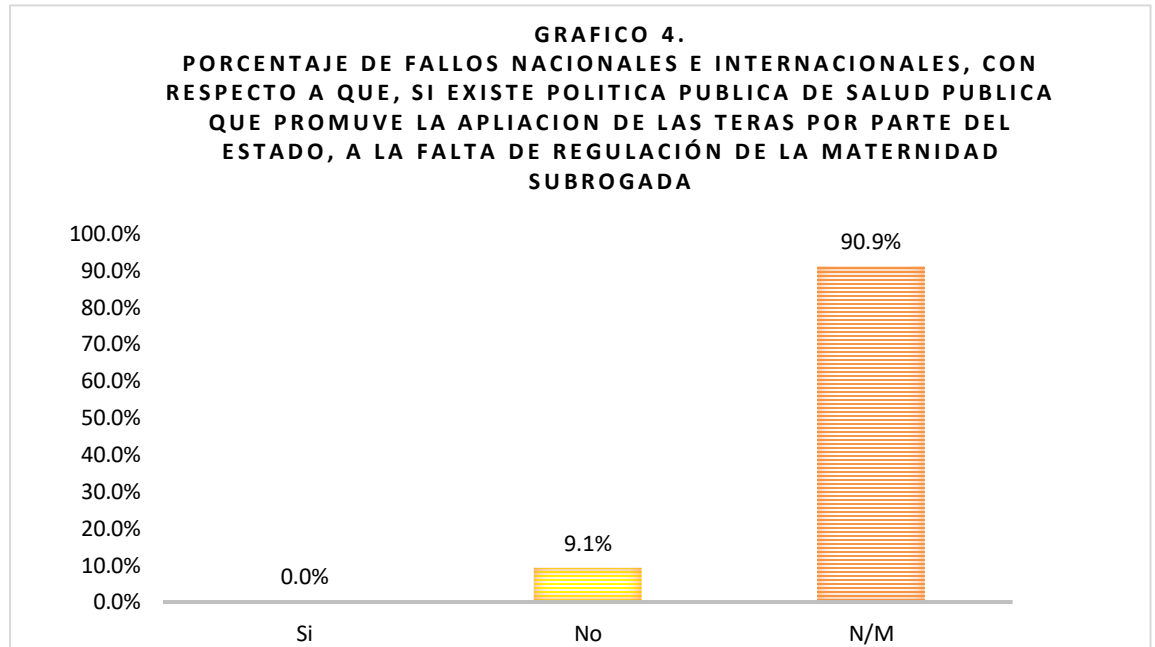
De la tabla 3 y Grafico 3 podemos Observar que el 18.2% del total de fallas encuestados manifiestan que, la Ley de la salud si otorga facilidades para llevar a cabo la maternidad subrogada. Mientras que un 45.5 % menciona que la Ley de la salud no otorga facilidades para llevar a cabo la maternidad subrogada y 36.4% No me menciona.

4.1.1.1.4 Existe política pública de salud pública que promueve la aplicación de las Teras por parte del Estado.

Tabla 4. Resultados de la muestra que se realizó a los fallos nacionales e internacionales, con respecto a que, si la existe política pública de salud pública que promueve la aplicación de las Teras por parte del Estado, a la falta de regulación de la maternidad subrogada.

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional			
		F	%	f	%	f	%
1	Si	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%
2	No	0	0.0%	1	100.0%	1	9.1%
3	N/M	3	100.0%	7	0.0%	10	90.9%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.

Interpretación

De la tabla 4 y Grafico 4 podemos Observar que el 90.9 % del total de fallos revisados se tiene que no menciona si existe o no la política pública de salud pública que promueve la aplicación de las Teras por parte del Estado. Mientras que un solo un 9.1 % menciona no y ninguno afirma la existencia de política pública de salud pública que promueve la aplicación de las Teras por parte del Estado.

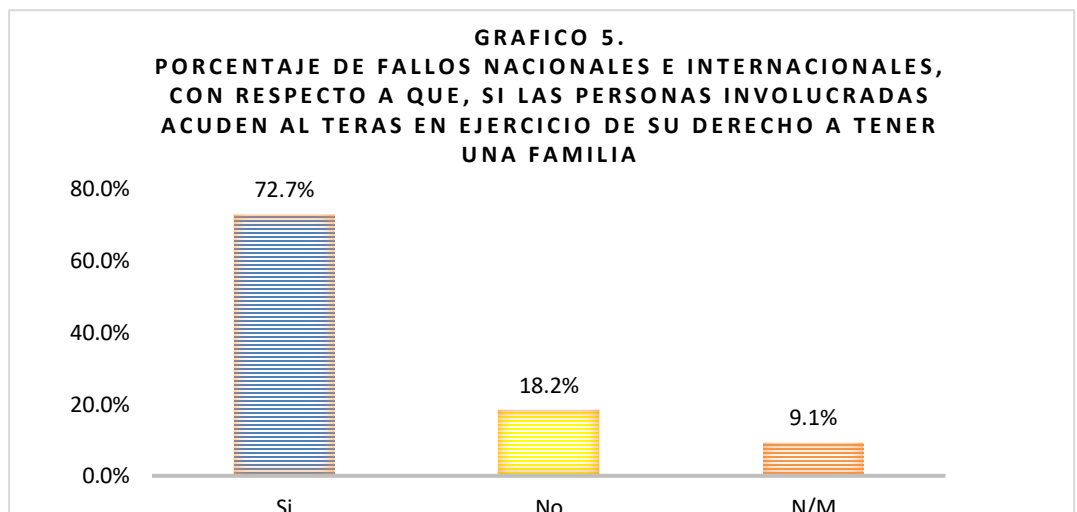
4.1.1.2 Ejercicio del derecho a la procreación

4.1.1.2.1 Las personas involucradas acuden al Teras en ejercicio de su derecho a tener una familia.

Tabla 5. Resultados de la muestra que se realizó a las fallas nacionales e internacionales, con respecto a que, si Las personas involucradas acuden al Teras en ejercicio de su derecho a tener una familia.

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional		f	%
		f	%	f	%		
1	Si	1	33.3%	7	87.5%	8	72.7%
2	No	1	33.3%	1	12.5%	2	18.2%
3	N/M	1	33.3%	0	0.0%	1	9.1%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.

Interpretación

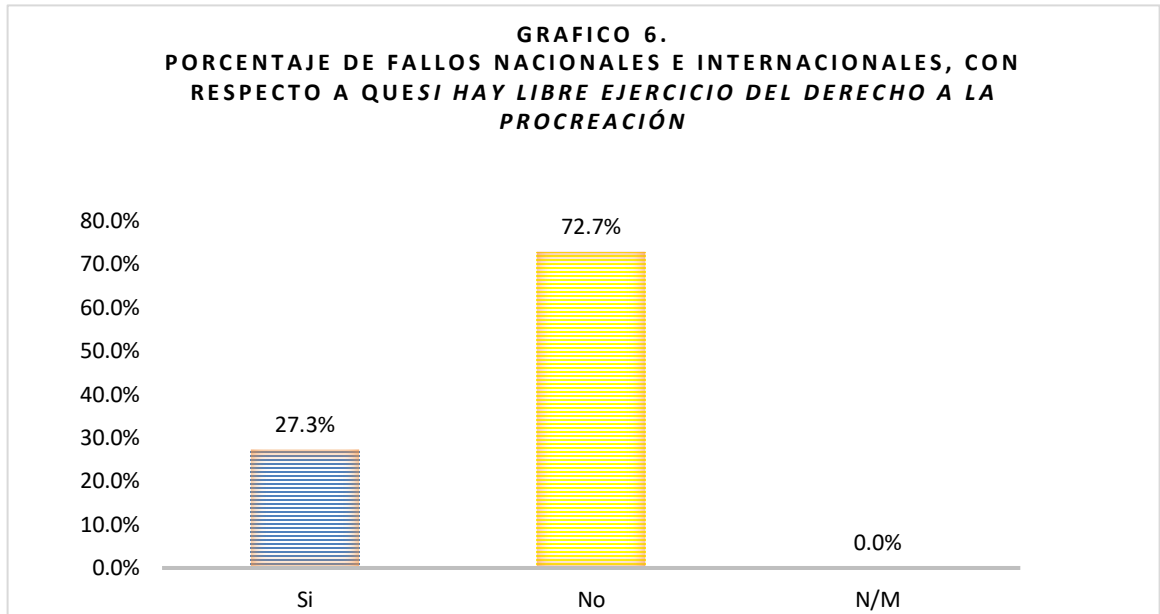
De la tabla 5 y Grafico 5 podemos observar que el 72.7 % del total de fallas revisados manifiestan que, las personas involucradas si acuden al Teras en ejercicio de su derecho a tener una familia. Mientras que un solo un 18.2. % menciona no y el 9.1% no menciona.

4.1.1.2.2 En el proceso hubo libre ejercicio del derecho a la procreación

Tabla 6. Resultados de la muestra que se realizó a las fallas nacionales e internacionales, con respecto a que, si hay libre ejercicio del derecho a la procreación.

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional			
		F	%	f	%	f	%
1	Si	3	100.0%	0	0.0%	3	27.3%
2	No	0	0.0%	8	100.0%	8	72.7%
3	N/M	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.

Interpretación

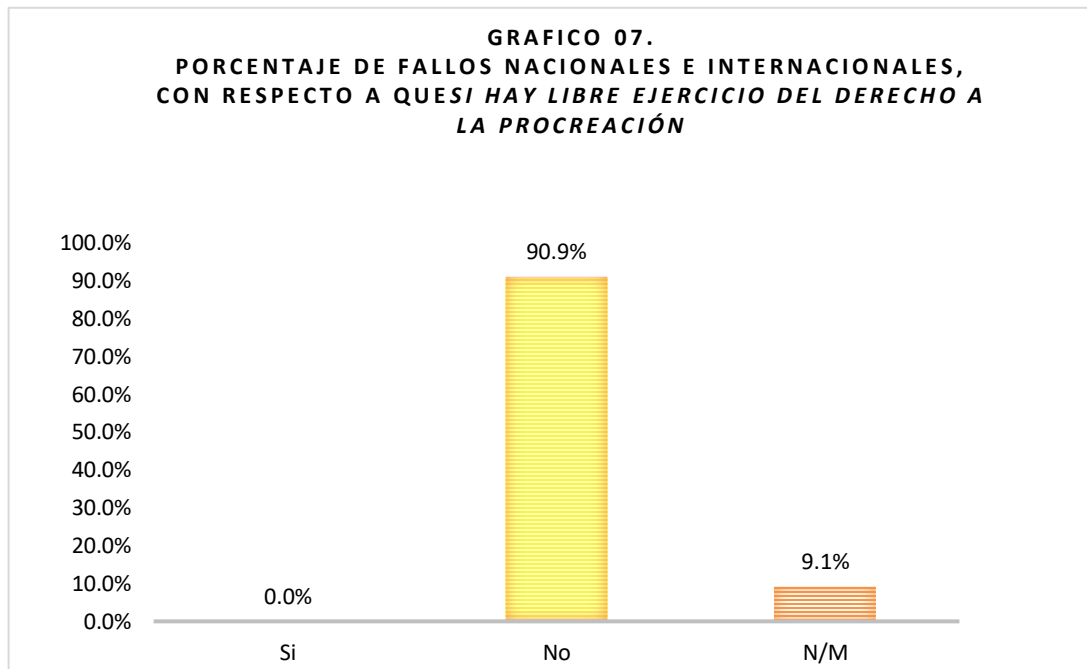
De la tabla 6 y Grafico 6 podemos Observar que el 27.3. % del total de fallas encuestados manifiestan que, En el proceso si hubo libre ejercicio del derecho a la procreación. Mientras que el 72.7. % menciona que no hubo.

4.1.1.2.3 En el proceso ha sido posible el uso, sin limitación alguna de la tecnología reproductiva pertinente

Tabla 7. Resultados de la muestra que se realizó a las fallas nacionales e internacionales, con respecto a que si, En el proceso ha sido posible el uso, sin limitación alguna de la tecnología reproductiva pertinente.

Escala numérica	Nivel categórico	Fallos				Total	
		Nacional		Internacional		f	%
		f	%	f	%		
1	Si	0	0.0%	0	0.0%	0	0.0%
2	No	2	66.7%	8	100.0%	10	90.9%
3	N/M	1	33.3%	0	0.0%	1	9.1%
Total		3	100.00%	8	100.00%	11	100.00%

Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.



Fuente: Análisis realizado a 11 fallos de nivel internacional y nacional emitidos en los años 2004 al 2017.

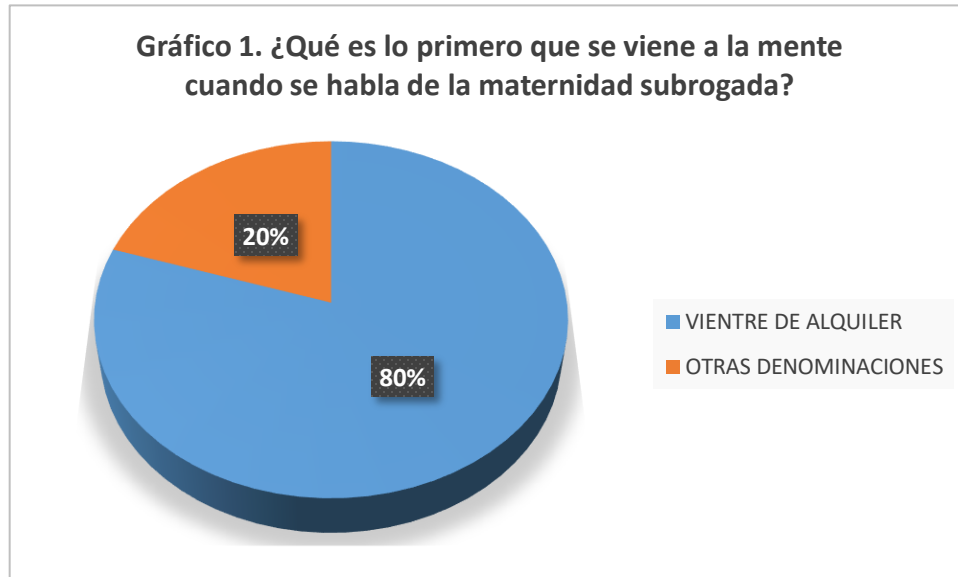
Interpretación

De la tabla 8 y Grafico 8 podemos Observar que ninguna de las fallas afirma que en proceso ha sido posible el uso, sin limitación alguna de la tecnología reproductiva pertinente el 90.9 % del total de fallas encuestados manifiestan que, En el proceso no ha sido posible el uso, sin limitación alguna de la tecnología reproductiva pertinente. Mientras que el 9.1 % no menciona.

4.1.2. Resultados de la entrevista realizada a Jueces de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, especialistas en el campo de derecho constitucional, derecho civil y derecho de familia.

Primera pregunta

¿Qué es lo primero que se viene a la mente cuando se habla de la maternidad subrogada?



Fuente. Elaboración propia

Interpretación:

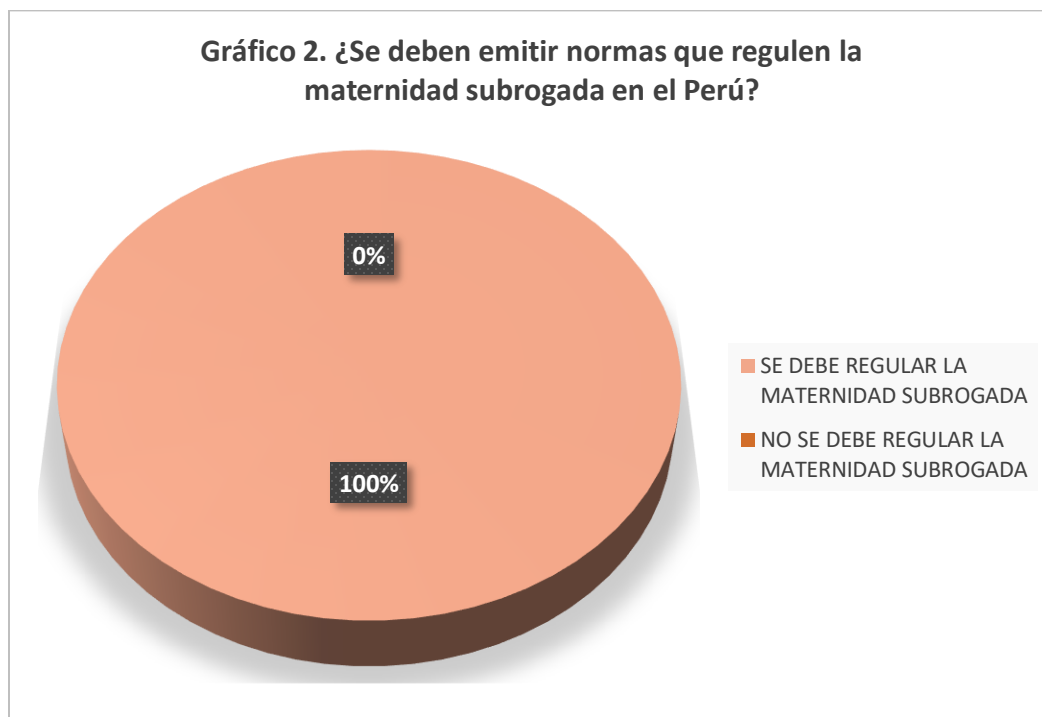
En términos de porcentaje, el 80% de profesionales entrevistados contestó “Ventre de alquiler” y el 20% restante utilizó otras denominaciones tales como “derecho a ser padres”, “Fertilización in vitro”, “que una persona no tiene capacidad de concebir un hijo para formar una familia”, “contrato de gestación”, “persona que gesta por otra”, donación de óvulos”.

Segunda pregunta

¿Considera usted que debe de emitirse normas que regulen la maternidad subrogada en el Perú?

Si ()

No ()



Fuente. Elaboración propia

Interpretación:

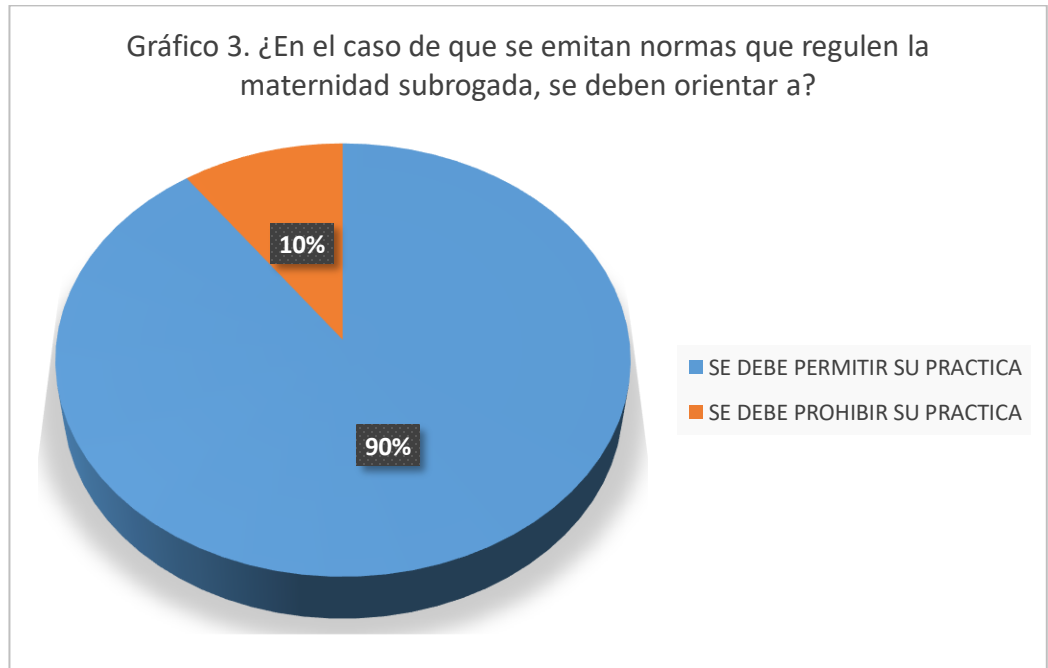
El 100% de los jueces entrevistados contestó de manera afirmativa, señalando que la maternidad subrogada debe de ser regulada en el Perú.

Tercera pregunta

¿En el caso de que se emitan normas que regulen la maternidad subrogada, estás deben estar orientadas a?:

Permitir su práctica ()

Prohibir su práctica ()



Fuente. Elaboración propia

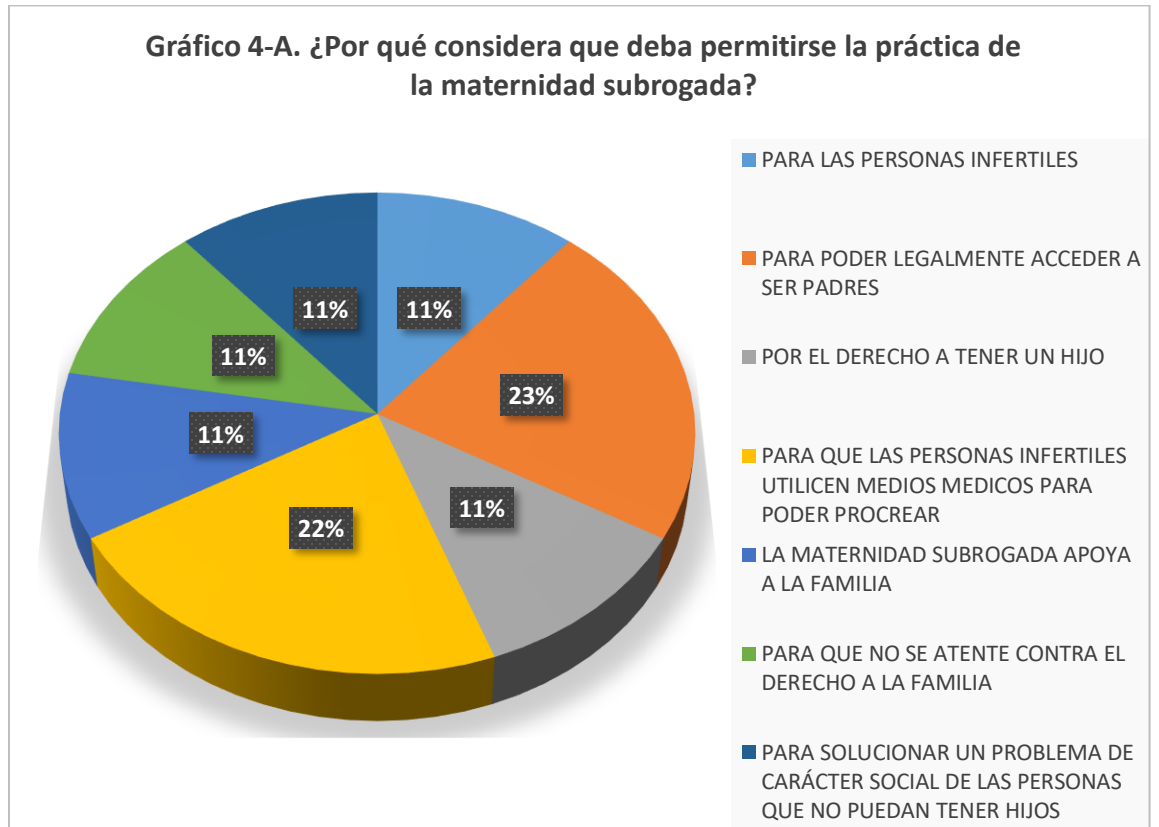
Interpretación:

Los profesionales entrevistados contestaron de la siguiente manera:

El 90% del total estuvo de acuerdo en permitir su práctica y el 10% del total estuvo de acuerdo en prohibir su práctica ante una futura regulación.

Cuarta pregunta

En relación a la pregunta anterior, ¿Por qué considera que deba prohibirse/permitirse la práctica de la maternidad subrogada?



Fuente. Elaboración propia

Interpretación:

Aquellos que opinaron por permitir la práctica de la maternidad subrogada dieron las siguientes razones:

- Se debe permitir para las personas infértiles.
- Para poder legalmente acceder a ser padres.
- Por el derecho a tener un hijo.

- Para que las personas infértiles utilicen medios médicos para poder procrear.
- La maternidad subrogada apoya a la familia.
- Se atenta contra el derecho a la familia.
- Para solucionar un problema de carácter social de las personas que no puedan tener hijos.

Aquellos que opinaron por prohibir su práctica dieron las siguientes razones:

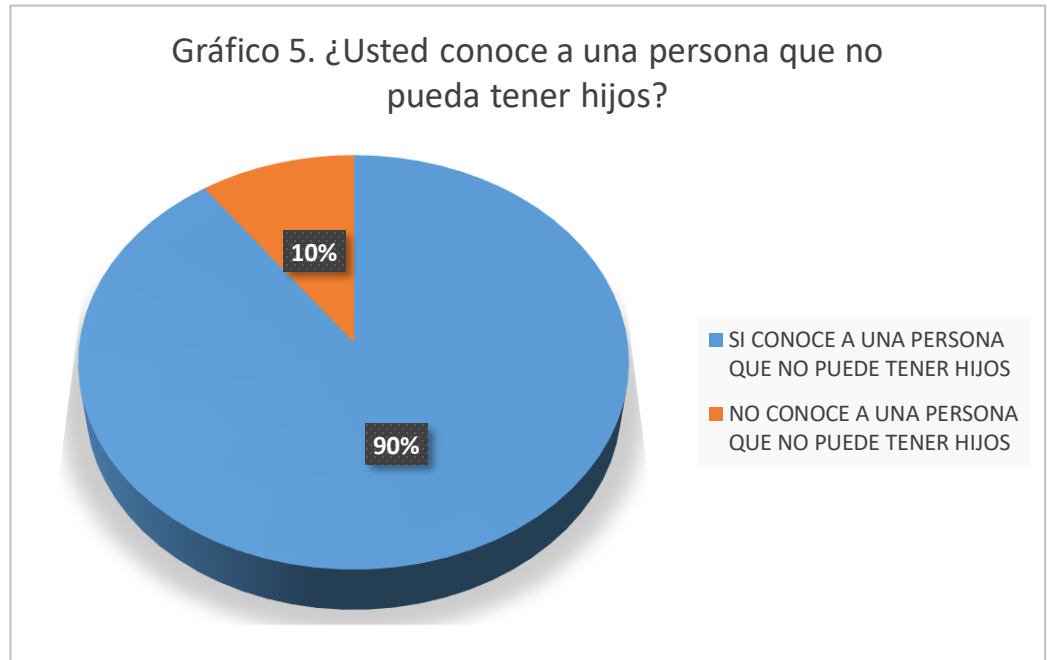
- Por ser ideológica y eso dependerá de si la persona es liberal o conservadora.



Fuente. Elaboración propia

Quinta pregunta

¿Usted conoce a una persona que no pueda tener hijos?



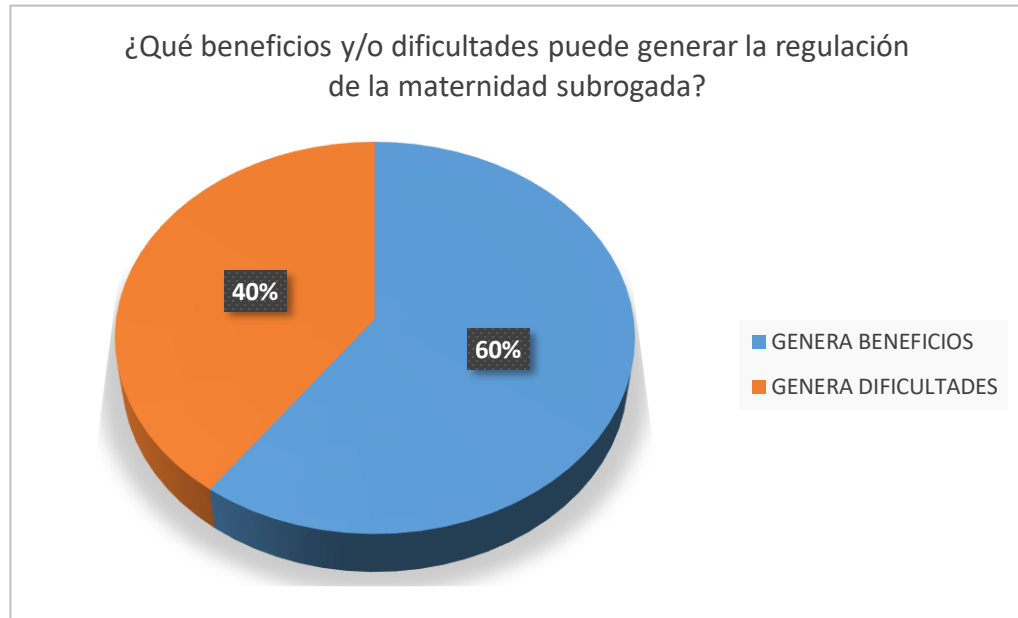
Fuente. Elaboración propia

Interpretación:

El 90% de profesionales entrevistados si conoce a una persona que no pueda tener hijos, mientras que un 10% no conoce a una persona que no pueda tener hijos.

Sexta pregunta

¿Qué beneficios y/o dificultades puede generar la regulación de la maternidad subrogada?

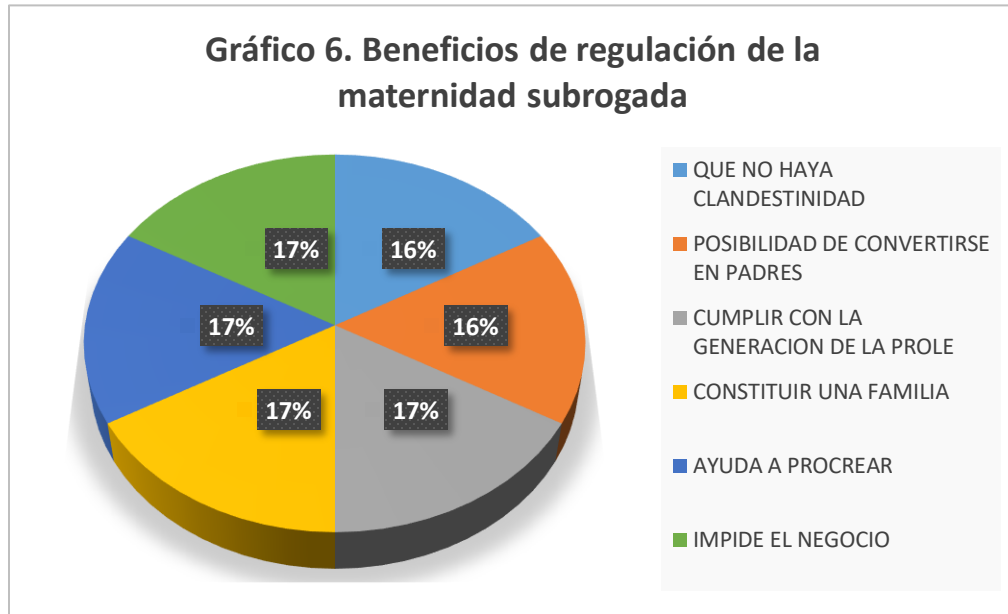


Fuente. Elaboración propia

Interpretación:

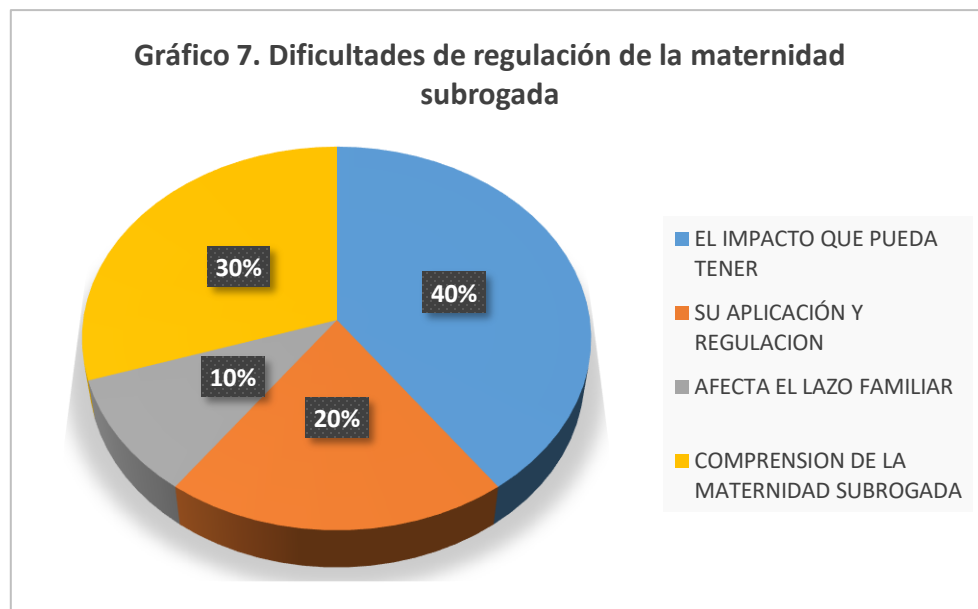
El 60% de profesionales entrevistados contestó que la regulación de la maternidad subrogada genera beneficios, mientras que un 40% contestó que la regulación de la maternidad subrogada genera dificultades.

Entre los beneficios que señalan el 60% de profesionales entrevistados se tienen los siguientes:



Fuente. Elaboración propia

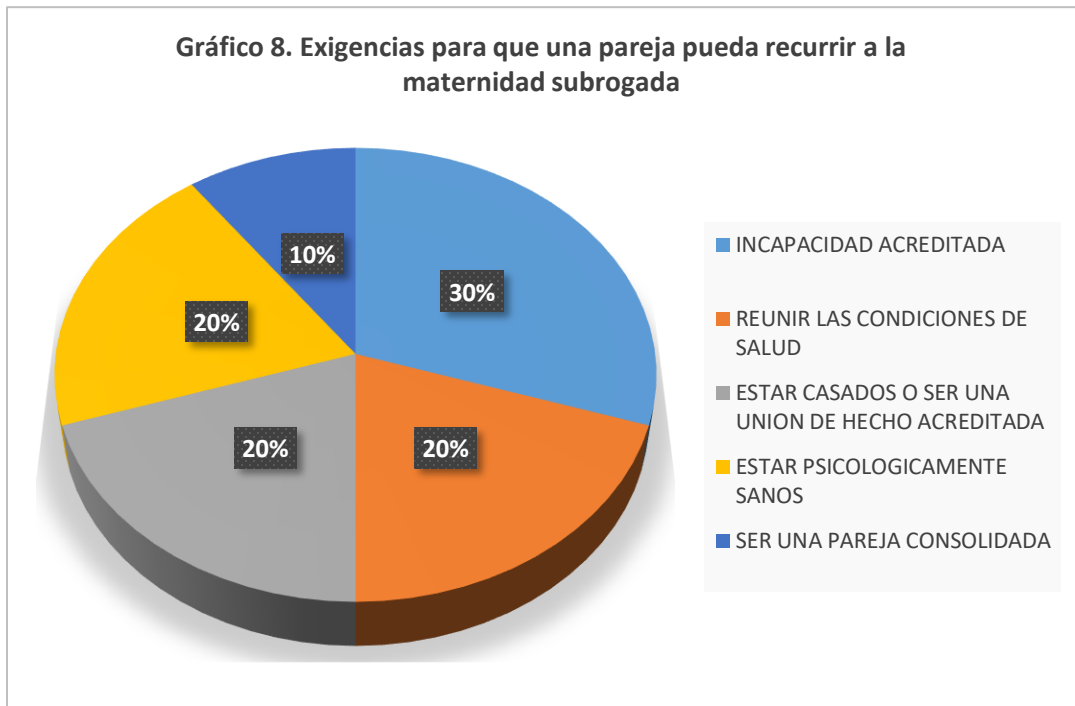
Entre las dificultades, se manifestaron las siguientes:



Fuente. Elaboración propia

Sétima pregunta

¿Cuáles deberían de ser las exigencias para que una pareja pueda recurrir a la maternidad subrogada?



Fuente. Elaboración propia

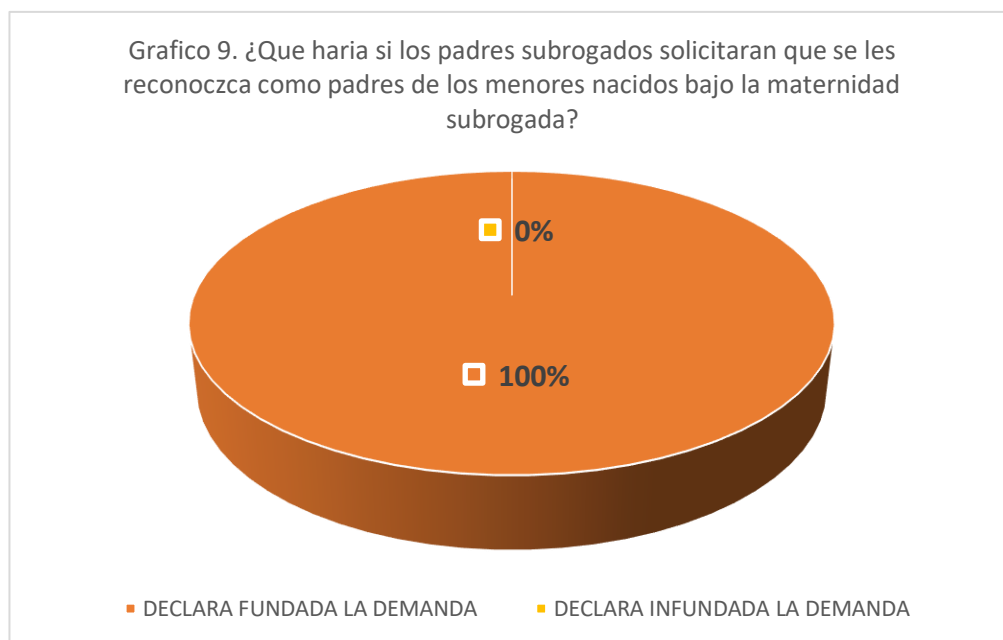
Interpretación

Entre todas las respuestas que se dieron a esta pregunta, cabe resaltar las siguientes que fueron las más preponderantes, las cuales son, que se encuentra acreditada la Incapacidad padecida por la pareja, reunir las condiciones de salud, estar casados o

constituir una unión de hecho acreditada, estar psicológicamente sanos, debe tratarse de una pareja consolidada.

Octava pregunta

Como Magistrado, si tuviera conocimiento de una demanda sobre maternidad subrogada, en donde los padres subrogados solicitan se les reconozca como padres de los menores nacidos bajo maternidad subrogada, usted, ¿estimaría o desestimaría la demanda? ¿Por qué?



Fuente. Elaboración propia

Interpretación

Los 10 profesionales entrevistados (100% del total) contestaron que declararían fundada la demanda.

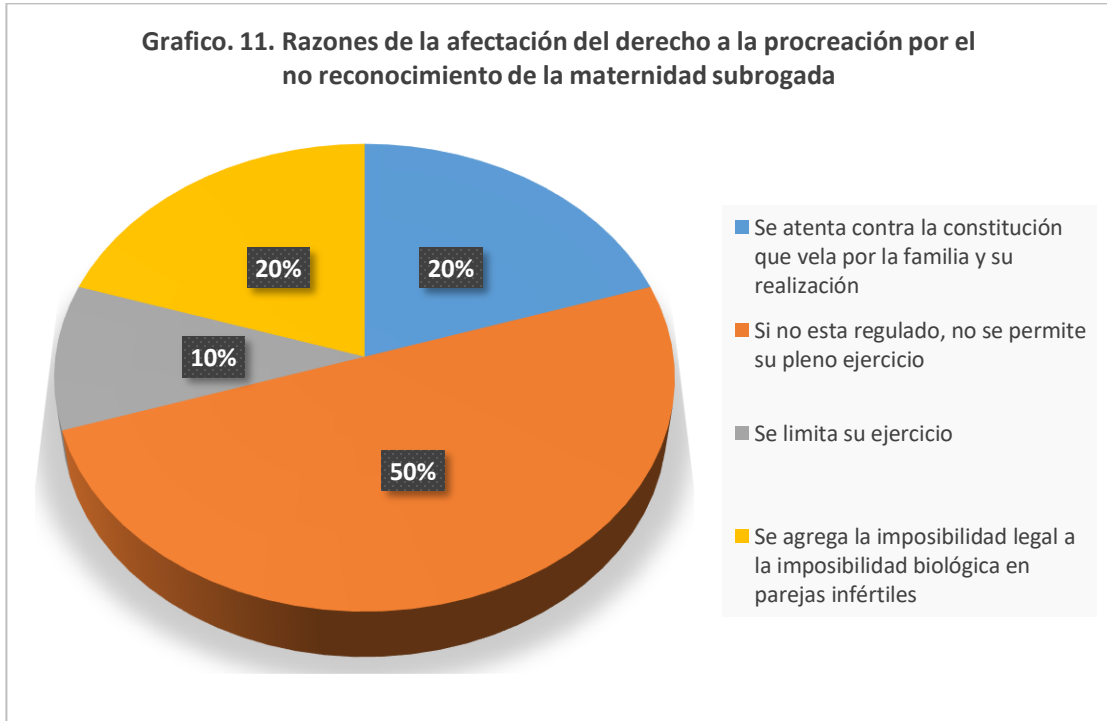
Entre las razones que se dieron para declarar fundada la demanda, se encuentran entre las más preponderantes las siguientes:



Fuente. Elaboración propia

Novena pregunta

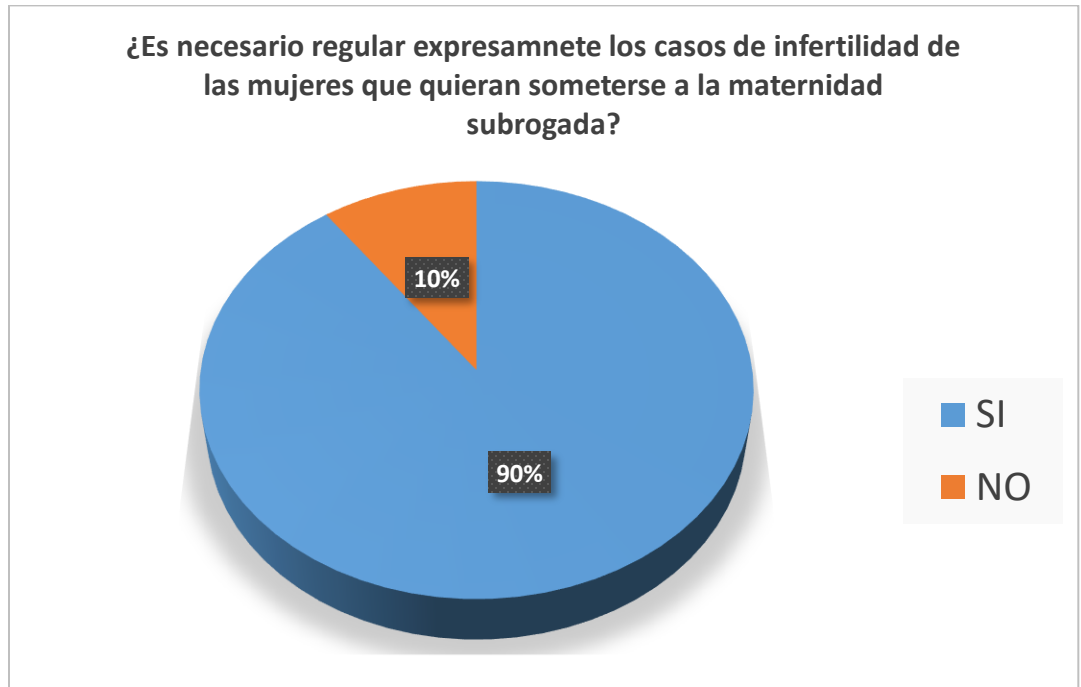
¿Usted considera que se estaría afectando el derecho a la procreación, al no reconocerse la práctica de la maternidad subrogada en las parejas infértiles?



Fuente. Elaboración propia

Décima pregunta

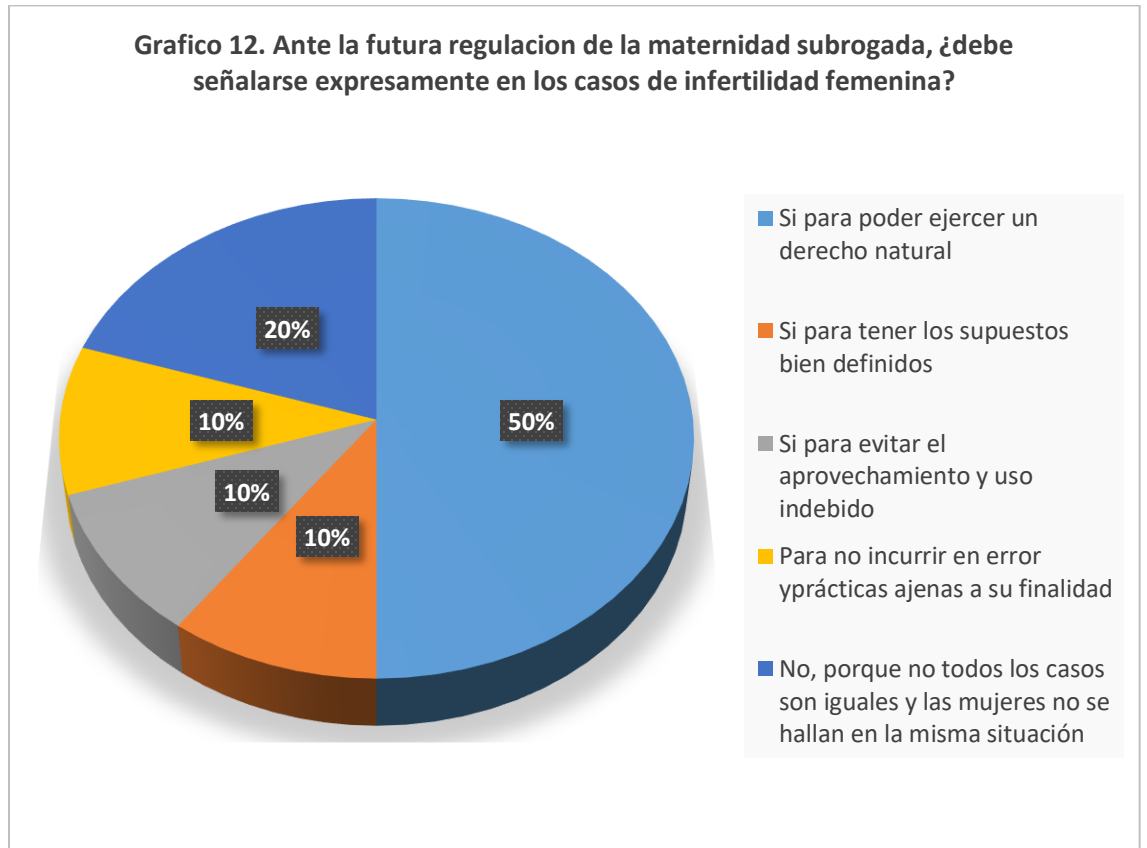
¿Considera necesario que ante una futura regulación de la maternidad subrogada, se señale expresamente los casos de infertilidad de las mujeres que quieran someterse a dicha práctica?



Fuente. Elaboración propia

Interpretación:

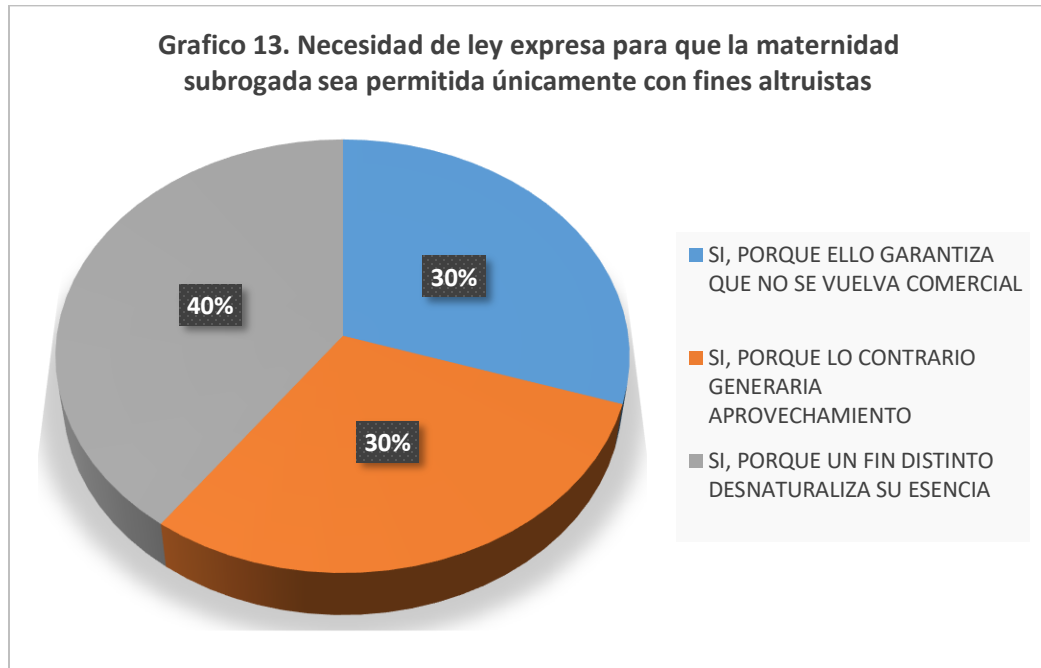
De los profesionales consultados 9 profesionales entrevistados contestaron que si resulta necesario (90% del total) y solo 1 profesional entrevistado contestó que no era necesario (10% del total) su mayoría en que su regulación facilitara tener los supuestos determinados para su aplicación, y el 10% señala que se deben señalar los requisitos porque no todos se hayan en la misma situación y para que no se incurra en prácticas distintas a su fin, por ultimo un 50% alega que es necesario para que se ejerza el derecho natural y evitar el aprovechamiento o uso indebido.



Fuente. Elaboración propia

Undécima pregunta

¿Considera necesario que se establezca expresamente mediante ley, que la maternidad subrogada se encuentra permitida únicamente con fines altruistas?



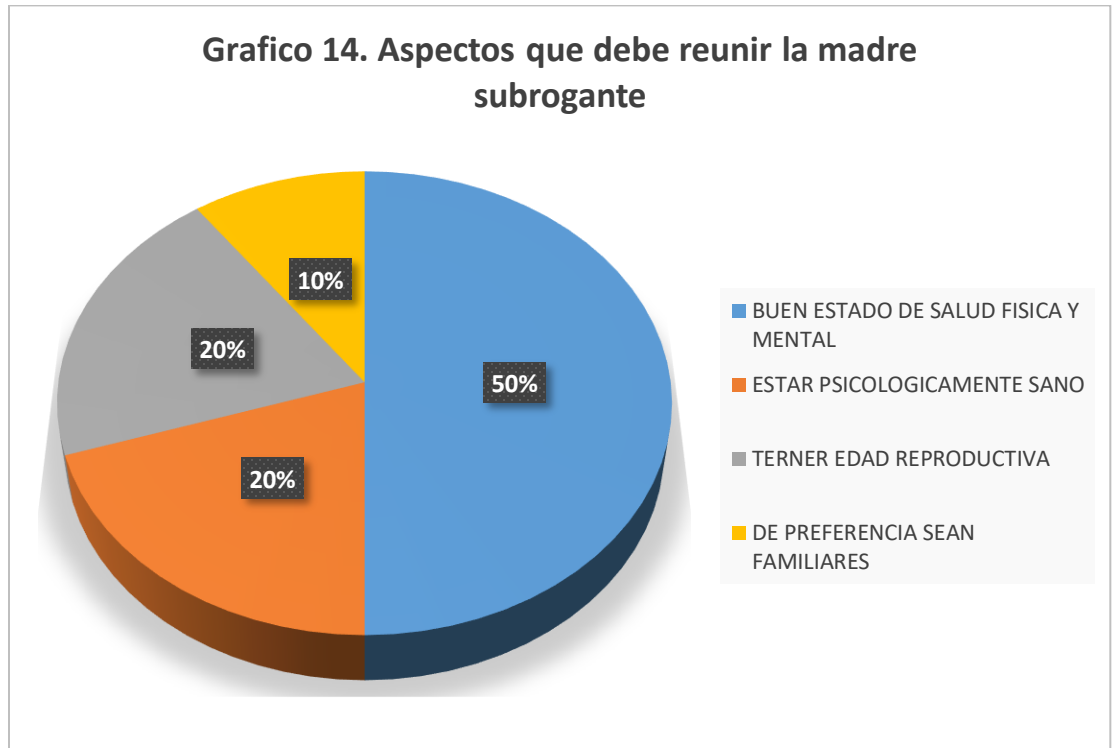
Fuente. Elaboración propia

Interpretación

Todos los profesionales entrevistados dieron una respuesta afirmativa, ello debido a que se garantizaría que su práctica no se vuelva comercial, y para que no se desnaturalice su esencia, en menor porcentaje señalaron que si no se permite con fines altruistas se generaría un aprovechamiento por quien la practican.

Décimo segunda pregunta

¿Qué aspectos considera usted que debería reunir una madre subrogante (quien lleve a cabo la gestación)?



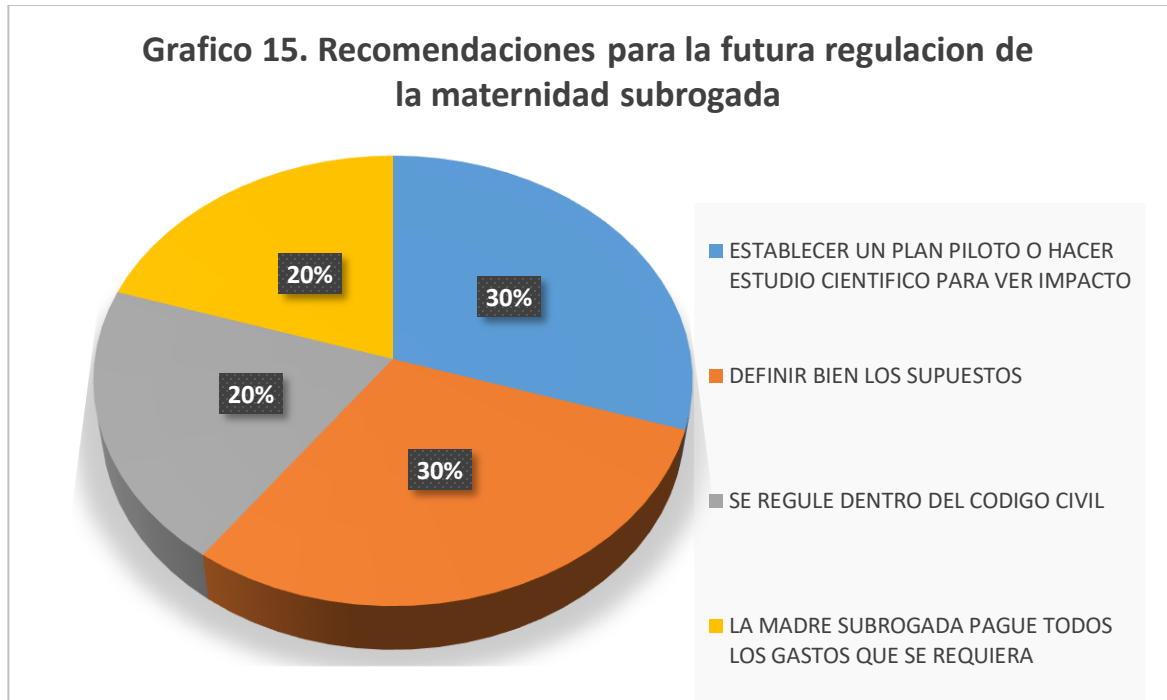
Fuente. Elaboración propia

Interpretación

Sobre el particular, los profesionales entrevistados proporcionaron varios aspectos, siendo los más preponderantes se encuentra el tener un buen estado mental y físico, seguido en un 20% por ser psicológicamente apto para su práctica, y en menor proporción 10% y 20% el tener edad suficiente para su práctica, estar psicológicamente sano y que sean preferentemente realizados por familiares respectivamente-

Décimo tercera pregunta

¿Cuáles son sus recomendaciones ante una futura regulación de la maternidad subrogada?



Fuente. Elaboración propia.

Interpretación

Sobre el particular, los profesionales entrevistados proporcionaron varios aspectos, siendo los más preponderantes el establecer un plan piloto y el hacer un estudio científico, en menor medida recomendaron que se regule en el código Civil y que la subrogada cubra todos los gastos que se requieran.

4.1.3. RESULTADOS DE LA CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

4.1.3.1 Hipótesis General

Ho (nula) : la falta de regulación de la maternidad subrogada no influye en el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales.

H1 (alterna) : La falta de regulación de la maternidad subrogada influye en el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales.

Prueba estadística utilizada

En la presente tesis de investigación se utilizó datos no paramétricos que se desarrollaron en un solo momento y espacio (estudio transversal) y en muestras Independientes, se trabajó con un solo grupo con medidas categóricas politómicas, por lo tanto, la prueba estadística que se empleo fue estadístico de Chi Cuadrado de Pearson para medir la relación, el nivel de significancia con que se trabajo fue de 0.05 ($\alpha = 5\%$) con el 95% de confiabilidad y se utilizó el software de estadística Spps v.23.

Tabla 1. Tabla Cruzada

*Tabla cruzada falta de regulación de la maternidad subrogada *ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales.*

Recuento		Ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales			Total
		SI	NO	NO MENCIONA	
Falta de regulación de la maternidad subrogada	SI	8	0	0	8
	NO	3	12	0	15
	NO MENCIONA	0	8	2	10
Total		11	20	2	33

Fuente: SPSS v. 23

Tabla 2. Prueba de chi-cuadrado

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	gl	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	25,800 ^a	4	,000
Razón de verosimilitud	30,394	4	,000
Asociación lineal por lineal	18,875	1	,000
N de casos válidos		33	

Fuente: SPSS v. 23

Criterio para decidir:

- Si la probabilidad obtenida P-valor $\leq \alpha$, se rechaza Ho (Se acepta H1)
- Si la probabilidad obtenida P-valor $> \alpha$, se rechaza la H1 (Se acepta Ho)

Si $P\text{-valor} = 0,000 \leq \alpha = 0,05$

Entonces:

Se rechaza H_0 y Se acepta H_1

Conclusión:

A un nivel de significancia de 0.05 se determina que la falta de regulación de la maternidad subrogada influye en el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales.

4.1.3.2 Hipótesis Específica 1.

H_0 (nula) : No Existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados

H_1 (alterna) : Si Existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados.

Prueba estadística utilizada En la presente tesis de investigación se utilizó datos no paramétricos que se desarrollaron en un solo momento y espacio (estudio transversal)

y en muestras Independientes, se trabajó con un solo grupo con medidas categóricas politómicas, por lo tanto, la prueba estadística que se empleo fue de Chi Cuadrado de Pearson para medir la relación, el nivel de significancia con que se trabajo fue de 0.05 ($\alpha = 5\%$) con el 95% de confiabilidad y se utilizó el software de estadística Spps v.23.

Tabla 3. Tabla Cruzada

*Tabla cruzada mecanismos legales *realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados*

Recuento		realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados			Total
		SI	NO	NO MENCIONA	
mecanismos legales	SI	33	10	0	43
	NO	0	25	0	25
	NO MENCIONA	0	26	6	32
Total		33	61	6	100

Fuente: SPSS v. 23

Tabla 4. Prueba de chi-cuadrado

Pruebas de chi-cuadrado			Significación asintótica (bilateral)
	Valor	gl	
Chi-cuadrado de Pearson	74,921 ^a	4	,060
Razón de verosimilitud	89,710	4	,060
Asociación lineal por lineal	54,925	1	,060
N de casos válidos	100		

a. 3 casillas (33,3%) han esperado un recuento menor que 5.
El recuento mínimo esperado es 1,50.

Fuente: SPSS v. 23

Criterio para decidir:

- Si la probabilidad obtenida P-valor $\leq \alpha$, se rechaza H_0 (Se acepta H_1).
- Si la probabilidad obtenida P-valor $> \alpha$, se rechaza la H_1 (Se acepta H_0)

Si P-valor = 0,060 > $\alpha = 0,05$

Entonces:

Se rechaza H_1 y Se acepta H_0

Conclusión:

A un nivel de significancia de 0.05 se determina que No Existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados.

4.1.3.3 Hipótesis Específica 2.

Ho (nula) : No existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017

H1 (alterna) : Si existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017

Prueba estadística utilizada

En la presente tesis de investigación se utilizó datos no paramétricos que se desarrollaron en un solo momento y espacio (estudio transversal) y en muestras Independientes, se trabajó con un solo grupo con medidas categóricas politómicas, por lo tanto, la prueba estadística que se empleo fue de Chi Cuadrado de Pearson para medir la relación, el nivel de significancia con que se trabajo fue de 0.05 ($\alpha = 5\%$) con el 95% de confiabilidad y se utilizó el software de estadística Spps v.23.

Tabla 5. Tabla Cruzada

*Tabla cruzada mecanismos legales *realización de la familia en las parejas
infértiles que recurren a la maternidad subrogada*

Recuento		realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada		
		NO	NO MENCIONA	Total
mecanismos legales	SI	9	24	33
	NO	0	20	20
	NO MENCIONA	0	47	47
Total		9	91	100

Fuente: SPSS v. 23.

Tabla 6. Prueba de chi-cuadrado

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	gl	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	20,080 ^a	2	,0510
Razón de verosimilitud	21,835	2	,0520
Asociación lineal por lineal	16,305	1	,0580
N de casos válidos	100		

a. 3 casillas (50,0%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 1,80.

Fuente: SPSS v. 23

Criterio para decidir:

- Si la probabilidad obtenida P-valor $\leq \alpha$, se rechaza H_0 (Se acepta H_1)
- Si la probabilidad obtenida P-valor $> \alpha$, se rechaza la H_1 (Se acepta H_0)

Si P-valor = 0,051 > $\alpha = 0,05$

Entonces:

Se rechaza H_1 y Se acepta H_0

Conclusión:

A un nivel de significancia de 0.05 se determina que No existen mecanismos legales que permiten una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017.

4.1.3.4 Hipótesis Especifica 3

H_0 (nula) : El obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, No es la insuficiente regulación de las TRHA.

H_1 (alterna) : El obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, es la insuficiente regulación de las TRHA.

Prueba estadística utilizada

En la presente tesis de investigación se utilizó datos no paramétricos que se desarrollaron en un solo momento y espacio (estudio transversal) y en muestras Independientes, se trabajó con un solo grupo con medidas categóricas politómicas, por lo tanto, la prueba estadística que se empleo fue de Chi Cuadrado de Pearson para medir la relación, el nivel de significancia con que se trabajo fue de 0.05 ($\alpha = 5\%$) con el 95% de confiabilidad y se utilizó el software de estadística Spps v.23.

Tabla 7. Tabla Cruzada

*Tabla cruzada obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada*regulación de las TRHA. En porcentaje de respuestas*

Recuento		regulación de las TRHA.			Total
		SI	NO	NO MENCIONA	
obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada	SI	31	10	0	41
	NO	0	26	0	26
	NO MENCIONA	1	26	6	33
Total		32	62	6	100

Fuente: SPSS v. 23

Tabla 8. Prueba de chi-cuadrado

Pruebas de chi-cuadrado			Significación asintótica (bilateral)
	Valor	gl	
Chi-cuadrado de Pearson	70,433 ^a	4	,000
Razón de verosimilitud	80,560	4	,000
Asociación lineal por lineal	49,702	1	,000
N de casos válidos	100		

a. 3 casillas (33,3%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 1,56.

Fuente: SPSS v. 23

Criterio para decidir:

- Si la probabilidad obtenida P-valor $\leq \alpha$, se rechaza Ho (Se acepta H1)
- Si la probabilidad obtenida P-valor $> \alpha$, se rechaza la H1 (Se acepta Ho)

Si P-valor = 0,000 \leq α = 0,05

Entonces:

Se rechaza Ho y Se acepta H1

Conclusión:

A un nivel de significancia de 0.05 se determina que El obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, es la insuficiente regulación de las TRHA.

4.1.3.5 Hipótesis Especifica 4

Ho (nula) : En los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 no hubo pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

H1 (alterna) : En los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 si hubo pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

Prueba estadística utilizada

En la presente tesis de investigación se utilizó datos no paramétricos que se desarrollaron en un solo momento y espacio (estudio transversal) y en muestras Independientes, se trabajó con un solo grupo con medidas categóricas politómicas, por lo tanto, la prueba estadística que se empleo fue de Chi Cuadrado de Pearson para medir la relación, el nivel de significancia con que se trabajo fue de 0.05 ($\alpha = 5\%$) con el 95% de confiabilidad y se utilizó el software de estadística Spps v.23.

Tabla 9. Tabla Cruzada

*Tabla cruzada fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017*pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles. En Porcentaje de Respuestas*

Recuento		pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.			Total
		SI	NO	NO MENCIONA	
fallos emitidos por los	SI	21	4	0	25
tribunales nacionales del	NO	9	39	0	48
periodo 2004-2017	NO MENCIONA	1	20	6	27
Total		31	63	6	100

Fuente: SPSS v. 23

Tabla 10. Prueba de chi-cuadrado

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	gl	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	59,518 ^a	4	,070
Razón de verosimilitud	59,635	4	,070
Asociación lineal por lineal	43,512	1	,070
N de casos válidos	100		

a. 3 casillas (33,3%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 1,50.

Fuente: SPSS v. 23

Criterio para decidir:

- Si la probabilidad obtenida P-valor $\leq \alpha$, se rechaza Ho (Se acepta H1)
- Si la probabilidad obtenida P-valor $> \alpha$, se rechaza la H1 (Se acepta Ho)

Si P-valor = 0,070 > α = 0,05

Entonces:

Se rechaza H1 y Se acepta H0

Conclusión:

En los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 no hubo pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

4.1.3.6 Hipótesis Especifica 5

H0 (nula) : Los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004- 2017 No contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

H1 (alterna) : Los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004- 2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles

Prueba estadística utilizada

En la presente tesis de investigación se utilizó datos no paramétricos que se desarrollaron en un solo momento y espacio (estudio transversal) y en muestras Independientes, se trabajó con un solo grupo con medidas categóricas politómicas, por lo tanto, la prueba estadística que se empleo fue de Chi Cuadrado de Pearson para

medir la relación, el nivel de significancia con que se trabajo fue de 0.05 ($\alpha = 5\%$) con el 95% de confiabilidad y se utilizó el software de estadística Spps v.23.

Tabla 11. Tabla Cruzada

*Tabla cruzada en porcentaje de respuestas de fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004- 2017 *contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.*

Recuento		contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.			Total
		SI	NO	NO MENCIONA	
fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004- 2017	SI	25	0	0	25
	NO	8	14	0	22
	NO MENCIONA	0	47	6	53
Total		33	61	6	100

Fuente: SPSS v. 23

Tabla 12. Prueba de chi-cuadrado

Pruebas de chi-cuadrado			
	Valor	gl	Significación asintótica (bilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	78,825 ^a	4	,000
Razón de verosimilitud	100,960	4	,000
Asociación lineal por lineal	66,164	1	,000
N de casos válidos	100		

a. 3 casillas (33,3%) han esperado un recuento menor que 5. El recuento mínimo esperado es 1,32.

Fuente: SPSS v. 23

Criterio para decidir:

- Si la probabilidad obtenida P-valor $\leq \alpha$, se rechaza H_0 (Se acepta H_1)
- Si la probabilidad obtenida P-valor $> \alpha$, se rechaza la H_1 (Se acepta H_0)

Si P-valor = 0,000 \leq α = 0,05

Entonces:

Se rechaza H_0 y Se acepta H_1

Conclusión:

Los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004- 2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

CONCLUSIONES

CONCLUSION GENERAL

A un nivel de significancia de 0.05 y con un 95 % de Confiabilidad utilizando la prueba estadística de chi cuadrado se determina que la falta de regulación de la maternidad subrogada influye en el ejercicio del derecho a la procreación de las parejas infértiles en los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales del 2004 al 2017.

CONCLUSIONES ESPECIFICAS

A un nivel de significancia de 0.05 y con un 95 % de Confiabilidad utilizando la prueba estadística de chi cuadrado se determina que:

- No Existen mecanismos legales que permitan una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada en el Perú y en el mundo, según la opinión de expertos en la materia y el derecho civil, concretamente jueces y abogados.
- No existen mecanismos legales que permitan una efectiva realización de la familia en las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, según los fallos emitidos por los tribunales nacionales e internacionales, periodo 2004-2017.

- El obstáculo legal de las parejas infértiles que recurren a la maternidad subrogada, es la insuficiente regulación de las TRHA.
- En los fallos emitidos por los tribunales nacionales del periodo 2004-2017 no hubo pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.
- Los fallos emitidos por los tribunales internacionales del periodo 2004- 2017 contribuyen al pleno ejercicio del derecho a la procreación de las personas infértiles.

SUGERENCIAS

1. Modificar la legislación peruana en el sentido que permita el acceso de las parejas infértiles a las técnicas de reproducción humana asistida que le brinden una solución a su problema de salud, así como regular el margen de apreciación de las autoridades con estricta sujeción a los límites referidos al cumplimiento de las finalidades de la procreación y la cautela de la salud y derechos de las demás personas. En ese sentido, se propone la siguiente reforma al artículo 7 de la Ley General de Salud vigente:

“Artículo 7: Toda persona en el ejercicio de su derecho a la salud reproductiva puede recurrir al tratamiento de su infertilidad mediante el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. La aplicación de estas técnicas requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

La autoridad pública podrá tener injerencia en este derecho siempre y cuando que esta injerencia se encuentre prevista en la ley y la medida resulte necesaria para cautelar la salud, el cumplimiento de las finalidades de la procreación y la protección de los derechos y libertades de los demás”.

2. Se incluya en el Código Civil, en el libro de familia, un artículo que reconozca el derecho de los padres subrogantes sobre los hijos concebidos bajo maternidad subrogada. En ese sentido, se propone el siguiente texto:

Art. 236-A: “Se reconoce el parentesco consanguíneo de los padres subrogados respecto al menor concebido y nacido a través del uso de las Técnicas de Reproducción asistida – Maternidad subrogada, debiendo ejercer los deberes, derechos y obligaciones contenidos en el libro de familia.”.

3. En el caso de las regulaciones del derecho comparado se debe buscar un equilibrio entre facilitar el acceso a la técnica de reproducción humana asistida que permita solucionar el problema de la infertilidad de las parejas y la potestad de la autoridad pública en poner límites a ese acceso en salvaguarda de la salud, orden público, derechos y libertades de las demás personas
4. Se sugiere llevar a cabo, de manera previa o paralela a la reforma normativa, una intensa campaña pedagógica por parte del Estado, dirigida especialmente a la población que padece de infertilidad sobre la utilización responsable de las técnicas de reproducción humana asistida, sus requisitos, lugares de atención, gastos a realizar, etc.

BIBLIOGRAFÍA

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (2015). **Legislación consolidada. Ley 14/2006, de 26 de Mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida.** Madrid: Agencia estatal boletín oficial del Estado, p. 66. Recuperado de <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

AGNU, Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, ONU Doc. A/CONF.157/23, 1993.

Alvarez, A. y Hernandez, M. (2015). **Ventre de alquiler. Propuesta de reforma al artículo 2 inciso c; artículo 6; y artículo 30, inciso 2, del proyecto de ley sobre Fecundación in vitro y transferencia embrionaria y creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional** [tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho].Costa Rica: Universidad de Costa Rica, Recuperado de <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/vientres-de-alquiler-propuesta-de-reforma-al-articulo-2-inciso-c-articulo-y-articulo-30-inciso-2>

Beetar, B. (2018). **La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente.** **Revista socio-jurídicos,** **21(2),** Recuperado de <https://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridico/a.6869>

Benda, Ernesto, “El Estado social de Derecho”, En: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de derecho constitucional, traducción de Antonio López Piña, 2.ª edición, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001, p. 491.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2006). **Ley N° 20.120 sobre la Investigación Científica en el ser humano, su Genoma, y Prohíbe la Clonación Humana.** Chile: Ministerio de Salud;

Subsecretaría de Salud Pública, Recuperado el 02 de enero del 2020 de <https://www.leychile.cl/navegar?idnorma=253478&r=1>

Brownlie, Ian, The rule of law in international affairs, (Hague Academy of International Law Monographs, 1) Leiden, Martinus Nijhoff, 1998, p. 6.

Calderón, M. (2006). **Los derechos y la salud sexual y reproductiva**; Bogotá: Profamilia,

Citado por BIDART CAMPOS, Germán, en “Teoría General de los Derechos Humanos”. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989, p. 234.

Clínica Jurídica de las Acciones de Interés Público de la Facultad de Derecho- Sección Penal y el Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica (2014). **Informe en Derecho sobre la investigación de la Segunda Fiscalía Penal Supraprovincial en el caso de las esterilizaciones involuntarias realizadas en el Perú durante los años 1996 a 1998**. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica. Recuperado el 02 de enero del 2020 de <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/06/28155647/pub065informeesterilizacionesforzadas.pdf>

Corte Constitucional de Colombia: **Sentencia T-968/09**. Recuperado de www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016). **Caso Artavia Murillo y otro Vs. Costa Rica. Sentencia de 29 Noviembre 2016**. San José de Costa Rica. Recuperado de www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_es.pdf

Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional: *Exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05*. Sentencia 21 Febrero 2017, 1-17.

Corte Suprema De Justicia. Sala Civil Permanente. **Sentencia CAS. N° 4323-2010- Lima**, 11 agosto 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Permanente: **Sentencia CAS. N° 563-2011**, 6 diciembre 2011.

Course Hero (2012): **En Israel la Ley 5746 sobre acuerdos de gestación**. Israel: National University. Recuperado de <https://www.coursehero.com/file/p63,382/en-israel-la-ley-5746-sobre-acuerdos-de-gestación-por-sustitución-de-1996-sc/>

De Lorenzi, M. (2015). **El derecho a conocer los orígenes biológicos. La necesidad de su reconocimiento para garantizar el derecho a la identidad personal de los adoptados y nacidos por reproducción humana asistida** [tesis doctoral] p. 669. Recuperado de https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/368170/de%20lorenzi_tesis.pdf?sequence=1&isallowed=y

Díaz, A. (2010). **Construcción de Instrumentos de investigación y medición estadística**. Junín: Universidad Peruana de Los Andes, pp. 1-44.

El Comercio (2014). **Hace 25 años se creó a la primera bebe probeta peruana**, Lima, empresa editora El Comercio, p.1. Recuperado el 02 de enero del 2020 de <https://elcomercio.pe/blog/huellasdigitales/2014/02/hace-25-años-se-creo-a-la-primera-bebe-probeta>

El País (01 de noviembre del 1986). **Nace en Colombia el primer “bebe probeta” latinoamericano**, Bogotá, ediciones El País S.L., p.1, Recuperado el 02 de enero del 2020 de https://elpais.com/diario/1986/11/01/sociedad/531183611_850215.html

El País (1984). **Zoe, la niña nacida del frío**, Melbourne, ediciones El País, S.L., p. 1. Recuperado el 02 de enero del 2020 de <https://elpais.com/diario/1984/10/07/sociedad/4655951609.htm>

El País (2007) **Louise Brown la primera “niña probeta” da a luz un niño concebido en forma natural**, Londres, ediciones El País, S.L., 2007, recuperado de <https://elpais.com/sociedad/2007/01/16/actualidad/1168902003>

Espinoza, J. (2008). **Derecho de las Personas**. Lima: Editorial Rodhas, pp. 131-136.

European Court of Human Rigths: **Caso de Mennesson contra Francia (solicitud n° 65192/11). Sentencia, 26 de junio 2014**. Estrasburgo.

European Court of Human Rigths: **Caso Labassee c. Francia (Solicitud no. 65941/11)**.Estrasburgo, Sentencia 26 junio 2014.

European Court of Human Rigths: **Caso y Fuller Bouvet c. Francia (Aplicaciones de nos. 9063/14 y10410/14)**. Estrasburgo, Sentencia 21/07/2016.

European Court of Human Rigths: **Convenio Europeo de Derechos Humanos**. Estrasburgo: SPA. Council of Europe, 2010, 1-34. Recuperado el 20 de diciembre del 2019 de https://www.echr.coe.int/documents/convention_SPA.pdf

Fernandez, C. (1986). **Derecho de las personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano**. Lima: Librería Studium.

Ferrajoli, Luigi; “Derechos fundamentales”, En: Los fundamentos de los derechos fundamentales, edición a cargo de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo, 3.^a edición, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 19.,

Freire, A., Bezerra, L., De Araujo, R. y Zuza, R (2019). **Reglamentando políticas públicas en reproducción asistida para parejas seroconcordantes homoafectivas**. *Revista Bioetica*, 27 (4), Brasilia, octubre-diciembre 2019. Recuperado de <https://doi.org/10.1570/1983-80422019274359>

Gestor Normativo: **Decreto 1546 de 1998 reglamento en cuanto a la obtención, donación, preservación, almacenamiento, transporte, destino y disposición final de componentes anatómicos y los procedimientos para trasplante de los mismos en seres humanos, y se adoptan las condiciones mínimas para el funcionamiento de las Unidades de Biomedicina Reproductiva, Centros o similares**. Colombia: Diario Oficial 43357, 6 agosto 1998, Recuperado de <https://www.funciónpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.ph?i=14522>

Guastini, Ricardo. “Estudios de Teoría Constitucional”. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2001, p. 221 222.

Guerrero, N. (2015). **Problemática de la maternidad subrogada en la legislación nacional** [tesis de pregrado]. Rosario: Universidad abierta interamericana. Recuperado el 11 de diciembre del 2019 de imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/tc120395.pdf

Igareda, N. (201). **El hipotético derecho a la reproducción**. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* N° 23, 2011. Recuperado de <http://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewfile/717/473>

Jennings, Robert, Watts, Arthur, Oppenheim’s international law, Vol. 1 Peace, 9th ed., Oxford University Press, 2008.

Lagos, L. (2017). **Por un acto de amor: ¿Quién tiene un vientre solidario? Aspectos jurídicos sobre infertilidad en el Perú** [tesis para optar el título profesional de Abogada]. Cajamarca: Universidad Privada del Norte. Recuperado de <https://docplayer.es/58417566-facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas.html>

Ley N° 19.167 Técnicas de Reproducción Humana Asistida. (2013). Montevideo, 22/09/2013, pp. 1 y 6. Recuperado el 25 de enero del 2020 de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A9F541F2F8CF3880525830C005F8CCF/\\$FILE/Ley_N_19_uruguay.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0A9F541F2F8CF3880525830C005F8CCF/$FILE/Ley_N_19_uruguay.pdf)

Medina Quiroga, Cecilia. La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial, Santiago, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2005, p. 17. De la misma autora también véase En La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 247 y ss.

Meron, Theodor, The Humanization of International Law, (Hague Academy of International Law Monographs, 3) Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p.187.

Molina, A. (2017). **Esterilizaciones forzadas en el Perú. Poder y configuraciones narrativas.** *Revista de Antropología Iberoamericana* 12 (1). Recuperado el 27 de diciembre del 2019 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5979190>

Moreta, J. (2019). **Análisis de la regulación jurídica de la maternidad subrogada en observancia al derecho a una familia nuclear en el Ecuador** [tesis]. Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado el 10 de diciembre del 2019 de <https://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2716/1/76887.pdf>

Naciones Unidas (1995). **Informe de la conferencia internacional sobre la población y el desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de setiembre 1994.** New York: Naciones Unidas, pp. 1-188.
Recuperado el 15 de enero del 2020 de
https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub.pdf/icpd_spa.pdf

Neciosup, V. (2018). **Informe de Investigación. Problemas de política pública y estado situacional de las técnicas de reproducción humana asistida en el Perú.** Lima: Congreso de la República del Perú.
Recuperado de
[www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ade7b6962521cco525834a00726952/\\$file/reproducci3n_asistida_n20.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ade7b6962521cco525834a00726952/$file/reproducci3n_asistida_n20.pdf)

Organización de los Estados Americanos (2014). **Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos (B-32).** San José: Departamento de Derecho Internacional. Secretaría de Asuntos jurídicos.
Recuperado de
https://www.oas.org/dil/esp/tratado_b32_convenci3n_americana_sobre_derechos_humanos.html

Organización Mundial de la Salud y el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) (2010). **Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA).** Ginebra: Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, pp. 1-11.
Recuperado de
www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Pacheco, Máximo. “El Concepto de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana”. En “LIBER AMICORUM. HÉCTOR FIX ZAMUDIO”. Tomo I. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

San José de Costa Rica, 1998, p. 45. Disponible en:
<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf>.

Palacios, D. (2019). **Anotaciones sobre la maternidad subrogada en el Perú**. Recuperado el 20 de enero del 2020 de https://www.academica.edu/38657305/ anotaciones_sobre_la_maternidad_subrogada_en

Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, 1999, pág. 37.

Peña Freire, Antonio M., La garantía en el Estado constitucional de derecho, 1.ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 37.

Peter Häberle. El Estado constitucional, traducción de Héctor Fix –Fierro, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2003 (reimpresión), pp. 1-2.

Ramírez Figueroa, Jim L. Mas allá de la sensibilidad la imparcialidad. Volumen 11, Gaceta Juridica, Lima – Peru, 2015, p. 5, 6, 7).

Saavedra, A. (2018). **El uso de las teras y el derecho a la reproducción** [Tesis de Pregrado]. Piura: Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3430/DER_113.pdf?sequence=1&isAllowed=y Senado Y Camara De Representantes De La República Oriental De Uruguay

Southern California Reproductive Center (SCRC) (2019). **Historia de la gestación subrogada. ¿Dónde y cómo se originó?** EE.UU.: SCRC, p.11. Recuperado de <https://scrcivf.es/blog/historia-de-la-gestación-subrogada/>

Tamayo, G. (2000). **Cuestión de vida. Balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia.** Lima: Cladem. Recuperado de <http://cladem.org/wp-content/uploads/2018/11/cuestion-de-vida.pdf>

Uprimny, Rodrigo, Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos, op. cit., p. 114.

Urtecho, J. (2018). **El derecho a la procreación de la cónyuge superviviente mediante la fecundación médica asistida post mortem en el Perú** [tesis para optar el título profesional de Abogado]. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo. Recuperado de dspace.unitru.edu.pe/handle/unitru/10984

V/Lex Perú: **Ley N° 26842. Ley General de la Salud.** Lima, 2017, 134ár.36. Recuperado de <https://vlex.com.pe/vid/ley-26842-ley-general-578578938>

Varsi, E. (1997). **Derecho y Manipulación Genética.** Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Varsi, E. (2013). **Derecho Genético. Principios Generales.** Lima: Editora Normas Legales S.A.

Vassallo, K. (2014). **Los llamados derechos sexuales y reproductivos en las políticas demográficas familiares y las políticas públicas en el Perú** [tesis de magister]. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo,. Recuperado el 30 de enero del 2020 de tesis.usat.edu/xmley/bitstream/handle/20.500.12423/561/tm_vassallo_cruz_Kathya.pdf?sequence=1&isallowed=y

NOTA BIOGRAFICA

Emperatriz Kasandra Baldeon Izaguirre, nació el 10 de abril de 1997 en el distrito de Chaupimarca, en la provincia y departamento de Pasco; siendo sus padres Víctor Baldeon Cayetano y Alejandrina María Izaguirre Estrella.

Realizo sus estudios secundarios en la Institución Educativa Técnica Integrada “La Victoria”, culminando sus estudios en el Colegio Mayor secundario Presidente del Perú (2008-2012) y continuó sus estudios superiores en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizan (2013-2018).

Estudiante de maestría en Derecho, con mención en Derecho al Trabajo y Seguridad Social, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Javier Naval Salinas Ávila, nació el 13 de noviembre de 1994 en el distrito, provincia y departamento de Huánuco; siendo sus padres Reynaldo Naval Salinas Rafael y Melica Ester Ávila Aquino

Realizo sus estudios en la Institución Educativa Cesar Vallejo (2007-2011) y sus estudios superiores en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizan (2012-2017). Ex presidente del Circulo de Estudios Jurídicos “In Ius Vocatio” de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Hermilio Valdizan de Huánuco (2016-2017)

ANEXOS

MATRIZ DE ANALISIS

DOCUMENTAL FINALIDAD:

La finalidad que se busca al utilizar este instrumento de investigación es registrar la información documental contenida en las sentencias expedidas a nivel nacional e internacional sobre maternidad subrogada.

DIRECTRICES:

Los investigadores al analizar las sentencias tanto a nivel nacional como internacional deberán contestar cada pregunta marcando tres ítems establecidos en el instrumento, en base a la información contenida en las sentencias.

ITEMS:

SI ()

NO ()

NO MENCIONA ()

ANEXO 2
GUIA DE ENTREVISTA

1. PRESENTACION:

Buenos días/tardes. Nosotros somos Baldeon Izaguirre, Emperatriz Kasandra y Salinas Avila, Javier Naval, egresados de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán y estamos realizando una tesis intitulada ***“LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA PROCREACIÓN DE PAREJAS INFÉRTILES EN LOS FALLOS EMITIDOS POR TRIBUNALES NACIONALES E INTERNACIONALES PERIODO 2007 - 2016”***, por lo que con fines de enriquecer la información respecto a dicho estudio, buscamos conocer las ideas que tiene como especialista en derecho civil/constitucional/de familia, respecto a la maternidad subrogada, así como las opiniones que tenga sobre ella, así como de su futura regulación, todo ello aplicable en caso de las parejas infértiles, quienes son aquellas personas que no pueden concebir después de un determinado tiempo. La idea es poder conocer distintas opiniones para colaborar con el desarrollo e implementación de políticas públicas o creación de normas que permitan a las parejas infértiles acceder a la maternidad subrogada.

En este sentido, siéntase libre de compartir sus ideas en este espacio. Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera

respecto al tema como estudioso del derecho. Cabe aclarar que la información es sólo para nuestra tesis, sus respuestas serán unidas a otras opiniones, y en razón de su función, para agilizar la toma de la información, agradeceríamos nos deje grabar la conversación.

¿Existe algún inconveniente en que grabemos la conversación? El uso de la grabación es sólo a los fines de análisis.

¡Desde ya muchas gracias por su tiempo!

2. INSTRUCCIONES.

1. Debe contestar todas las preguntas que realice el entrevistador y entrevistadora de acuerdo a su criterio personal.
2. En caso no comprenda alguna pregunta, hacerlo saber a los entrevistadores a fin de que se le explique detalladamente lo que se está preguntando, de modo que al recoger la respuesta esta sea adecuada a los fines de investigación.
3. No existe tiempo de duración mínimo o máximo de la entrevista.

3. CUERPO.

La tercera parte de la entrevista abarca las preguntas.

4. CIERRE.

Finalmente, los entrevistadores quisiéramos saber si tiene algún comentario al respecto o deseara agregar algo más a la entrevista, para dar por concluida la entrevista agradeciéndole inmensamente por su apoyo, su tiempo y concedernos un espacio para realizar la entrevista.

ENTREVISTA

1. ¿Qué es lo primero que se viene a la mente cuando se habla de la maternidad subrogada?

2. ¿Considera usted que debe de emitirse normas que regulen la maternidad subrogada en el Perú?

SI ()

NO ()

3. En el caso de que se emitan normas que regulen de la maternidad subrogada, están deben estar orientadas a:

Permitir su práctica ()

Prohibir su práctica ()

4. En relación a la pregunta anterior, ¿porque considera que deba prohibirse/permitirse la práctica de la maternidad subrogada?

5. ¿Usted conoce a un apersona que no pueda tener hijos?

SI ()

NO ()

6. ¿Qué beneficios y/ dificultades puede generar la regulación de la maternidad subrogada?

7. ¿Cuáles deberían de ser las exigencias para que una pareja pueda recurrir a la maternidad subrogada?

8. Como magistrado, si tuviera el conocimiento de una demanda sobre maternidad subrogada, en donde los padres subrogados solicitan se les reconozca como padres de los menores nacidos bajo maternidad subrogada; usted, ¿estimaría o desestimaría la demanda?, ¿Por qué?

Fundada ()

Infundada ()

9. ¿Usted considera que se estaría afectando el derecho a la procreación, al no reconocerse la práctica de la maternidad subrogada, en las parejas infértiles?

10. ¿Considera necesario que ante una futura regulación, se señale expresamente las casas de infertilidad de las mujeres que quieran someterse a dicha práctica?

11. ¿Considera necesario que se establezca expresamente mediante ley, que la maternidad subrogada se encuentra permitida únicamente con fines altruistas?

12. ¿Qué aspectos considera usted que debería reunir una madre subrogante (quien lleve a cabo la gestación)?

13. ¿Cuáles son sus recomendaciones ante una futura regulación de la maternidad subrogada