



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



Tesis

**El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la ley general de salud
y la maternidad subrogada**

Autor:

Bach. Zubiate Delgado Helmer Jair

Asesor:

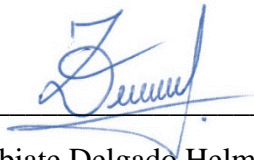
Abog. Vargas Rodríguez Cesar

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

Fecha de Sustentación: 25 de marzo de 2024

Lambayeque, 2024

Tesis titulada: “El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la ley general de salud y la maternidad subrogada”, presentada para optar el TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO, por:



Bach. Zubiato Delgado Helmer Jair.

Autor



Mag. Vargas Rodríguez Cesar.

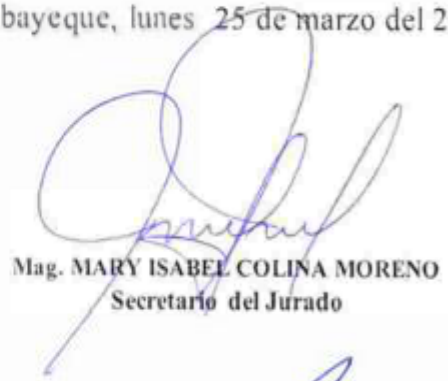
Asesor

Aprobado por:

Lambayeque, lunes 25 de marzo del 2024



Mag. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
Presidente del Jurado



Mag. MARY ISABEL COLINA MORENO
Secretario del Jurado



Mag. CARLOS ALBERTO SANCHEZ CORONADO
Vocal del Jurado.

Dedicatoria

La presente investigación se la dedico a mi familia, quienes han sido mi principal soporte a lo largo de estos años de estudios y la experiencia gratificante de elaborar mi tesis para optar por el Título de Abogado. Mis padres, Helmer Zubiate Vera y Nery Luz Delgado Sánchez, un agradecimiento queda corto para la magnitud de su apoyo constante en los aciertos y errores cometidos en el arduo caminar de este mundo jurídico. Resaltar a mis hermanos, Vijay y Harold Josseph Zubiate Delgado, por el aprecio, los consejos, paciencia y guía durante el desarrollo y elaboración de mi trabajo de investigación, y por último a mi gran amigo José Luis Arroyo Malca, que a pesar de no estar presente, este logro también es suyo, que sé me guía y protege desde el cielo.

Agradecimiento

Agradecer a Dios, el creador, por la fortaleza brindada para culminar mi trabajo de investigación y permitirme llegar a este momento de superación en mi formación profesional.

A mis padres, por haberme dado la oportunidad de tener una educación de calidad, quienes han sido mis pilares para no desistir y el motivo para seguir adelante ante las adversidades, y por los valores inculcados, ya que quien soy ahora, es todo a su esfuerzo y gran dedicación.

A mis hermanos, por representar la unidad familiar, y demostrarme el desarrollo profesional que quiero seguir, siendo trascendentes en mi día a día.

A mi asesor, por los consejos brindados durante el desarrollo de la investigación, y su colaboración en este proceso.

Y, por último, aquellos amigos, con quienes hemos compartido experiencias en este arduo caminar, impulsándonos para no desistir y por brindarme su cooperación para hoy poder presentar la consumación de los conocimientos de esta indagación.



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
UNIDAD DE INVESTIGACION



ACTA DE SUSTENTACIÓN

ACTA DE SUSTENTACIÓN PRESENCIAL N° 28-2024-UI-FDCP

Sustentación para optar el Título de ABOGADO de: **Helmer Jair Zubiarte Delgado**.

Siendo las 12:00 p.m del día lunes 25 de marzo del 2024 se reunieron en la Sala de simulación de audiencias 1 de la Universidad Nacional "Pedro Ruiz Gallo", los miembros del jurado evaluador de la tesis titulada: "**EL DERECHO A DECIDIR DE LA FAMILIA ANTE EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y LA MATERNIDAD SUBROGADA**", designados por Resolución N° 97-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 21 de marzo del 2023, con la finalidad Evaluar y Calificar la sustentación de la tesis antes mencionada, por parte de los Señores Catedráticos:

PRESIDENTE : Mag. **JUAN MANUEL RIVERA PAREDES**.
SECRETARIO : Mag. **MARY ISABEL COLINA MORENO**.
VOCAL : Mag. **CARLOS ALBERTO SANCHEZ CORONADO**

La tesis fue asesorada por Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ, nombrada por Resolución N°97-2023-FDCP-VIRTUAL de fecha 21 de marzo del 2023.

El acto de sustentación fue autorizado por Resolución N° 168-2024-FDCP-VIRTUAL de fecha 21 de marzo del 2024.

La tesis fue presentada y sustentada por el bachiller **Helmer Jair Zubiarte Delgado** y tuvo una duración de 30 minutos. Después de la sustentación y absueltas las preguntas y observaciones de los miembros del jurado; se procedió a la calificación respectiva, obteniendo el siguiente resultado: APROBADA con la nota de 16 (DIECI SEIS) en la escala vigesimal, mención de BUENO.

Por lo que queda APTO para obtener el Título Profesional de ABOGADO, de acuerdo con la Ley Universitaria 30220 y la normatividad vigente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, y la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Siendo las 1:08 p.m., del mismo día, se da por concluido el acto académico tomando la juramentación respectiva y suscribiendo el Acta los miembros del jurado.

Lambayeque, lunes 25 de marzo del 2024


Mag. JUAN MANUEL RIVERA PAREDES
Presidente del Jurado


Mag. MARY ISABEL COLINA MORENO
Secretario del Jurado


Mag. CARLOS ALBERTO SANCHEZ CORONADO
Vocal del Jurado.

CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ, Docente/ Asesor de tesis/ Revisor del trabajo de investigación del bachiller en DERECHO Helmer Jair Zubiarte Delgado, Titulada EL DERECHO A DECIDIR DE LA FAMILIA ANTE EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY GENERAL DE SALUD Y LA MATERNIDAD SUBROGADA, luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud de 14% verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.

El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.

Lambayeque, 28 de setiembre del 2023



Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ

DNI: 16484422

ASESOR



Bach. Helmer Jair Zubiarte Delgado

DNI: 70454953

Autor

El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la Ley General de Salud y la maternidad subrogada

INFORME DE ORIGINALIDAD

14%

INDICE DE SIMILITUD

15%

FUENTES DE INTERNET

4%

PUBLICACIONES

4%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	repositorio.ucv.edu.pe Fuente de Internet	2%
3	repositorio.unprg.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	tesis.ucsm.edu.pe Fuente de Internet	1%
5	repositorio.unprg.edu.pe:8080 Fuente de Internet	1%
6	repository.usta.edu.co Fuente de Internet	1%
7	docs.google.com Fuente de Internet	1%
8	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	repositorio.unsaac.edu.pe Fuente de Internet	



Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ

DNI: 16484422

ASESOR

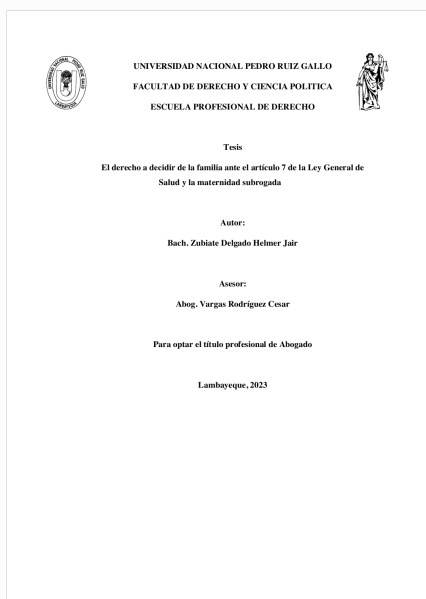


Recibo digital

Este recibo confirma que su trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: Helmer Jair Zubiarte Delgado
Título del ejercicio: REVISIÓN DE TESIS
Título de la entrega: El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la Ley ...
Nombre del archivo: TESIS_-_ZUBIATE_DELGADO_HELMER_JAIR.docx
Tamaño del archivo: 362.17K
Total páginas: 124
Total de palabras: 26,809
Total de caracteres: 141,412
Fecha de entrega: 28-sept.-2023 09:06a. m. (UTC-0500)
Identificador de la entrega: 2179541758



Derechos de autor 2023 Turnitin. Todos los derechos reservados.

Abog. CESAR VARGAS RODRIGUEZ

DNI: 16484422

ASESOR

Índice general

Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Índice general	v
Índice de tablas.....	ix
Índice de ilustraciones	xi
Resumen	xiii
Abstract	xiv
Introducción	15
Capítulo I.....	19
La metodología aplicada en la investigación	19
1.1. El planteamiento del problema.....	19
1.2. La formulación del problema	22
1.3. La justificación de la investigación	22
1.4. La importancia de la investigación.....	24
1.5. Los objetivos de la investigación	25
1.5.1. El objetivo general	25
1.5.2. Los objetivos específicos	25
1.6. La hipótesis de la investigación.....	26
1.7. Las variables de la investigación.....	26

1.7.1. La variable independiente	26
1.7.2. La variable dependiente.....	26
1.8. Los métodos aplicados en la investigación	26
1.8.1. La aplicación del método exegético jurídico.....	27
1.8.2. La aplicación del método sistemático jurídico	28
Capítulo II	29
El derecho a decidir de la familia frente al artículo 7 de la ley general de salud.	29
2.1. Los trabajos previos a la investigación	29
2.2. El origen institucional del derecho a decidir de la familia	33
2.3. Carácter fundamental del derecho a decidir de la familia.	36
2.4. Manifestación de voluntad, nexo con el derecho a decidir de la familia	39
2.5. Artículo 7 de la ley general de salud	44
2.6. Los efectos de la política pública de paternidad y maternidad responsables sobre la garantía de seguridad jurídica	47
Capítulo III	49
El acto jurídico y la viabilidad del contrato de maternidad subrogada	49
3.1. El formalismo del acto jurídico y su nueva percepción	50
3.2. El acto jurídico y maternidad subrogada.....	51
3.3. Posturas jurídicas sobre la maternidad subrogada como negocio jurídico	54

3.4. La naturaleza patrimonial de las relaciones jurídicas nacidas de contrato y la maternidad subrogada	56
3.5. El objeto jurídicamente posible del acto jurídico en el contrato de maternidad subrogada	58
3.6. El interés superior del niño como fundamento de protección ante el incumplimiento del contrato de maternidad subrogada	59
3.7. La maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana	60
3.8. Percepción de la Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado	62
Capítulo IV	66
Análisis y resultados.....	66
4.1. Unidad de análisis de la investigación	66
4.2 Resultado del análisis de entrevistas a expertos	67
4.2.1. Entrevista 1	68
4.2.2. Entrevista 2	70
4.3. Resultado del análisis de opinión de operadores jurídicos.....	75
Capítulo V	93
La contrastación de la hipótesis	93
5.1. Discusión de los resultados	94
5.1.1. Discusión del objetivo específico: “Observar el ámbito de protección del derecho a decidir de la familia para reconocer tal garantía frente al ejercicio del artículo 7 de la ley general de salud”	94

5.1.2. Discusión del objetivo específico: “Estudiar teóricamente los requisitos de procedencia del acto jurídico para identificar la viabilidad jurídica de la propuesta de contrato de maternidad subrogada”	112
5.1.3. Discusión del objetivo específico: “Analizar la realidad jurídico – social respecto a la práctica de la técnica de reproducción asistida mediante maternidad subrogada en el Perú”	120
5.2. La validación de las variables	123
5.2.1. Validación de la variable independiente: “Vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la ley general de salud”	123
5.2.2. Validación de la variable dependiente: “Regulación del contrato de maternidad subrogada”	125
5.3. Contrastación de la hipótesis	128
5.3.1. Determinación final de la tesis	128
5.3.2. Contrastación de la hipótesis	129
Conclusiones	130
Recomendaciones	132
Bibliografía.....	134
Anexos.....	140
1. Formulario de encuesta a expertos en derecho.....	140
2. Formulario de entrevista.....	143

Índice de tablas

Tabla 1: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, se enfoca en razón de la paternidad responsable, que se asume en virtud de las capacidades respecto a la paternidad y maternidad, con todos los factores que ello incluye. 75

Tabla 2: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud controla la actividad de reproducción humana asistida en función a la condición de la madre, lo cual altera un aspecto del derecho a decidir de la familia respecto a la capacidad de reproducción vinculada con la paternidad y maternidad. 78

Tabla 3: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Al advertir un conflicto entre la normativa constitucional y su desarrollo legislativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se precisa de regular normativamente las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer el derecho constitucional de la familia a decidir sobre su condición de paternidad y maternidad. 81

Tabla 4: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La maternidad subrogada es un acuerdo que permite satisfacer la necesidad de paternidad o maternidad de ciertos sujetos sometidos a técnicas reproducción asistida que consolida su derecho constitucional a decidir como familia. 84

Tabla 5: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La ausencia de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada, se constituye como una falta de control jurídico lo cual está provocando

que su ejecución clandestina tenga como resultado, en algunos casos, vulneración de derechos por falta de límites en el ejercicio de dicha técnica de reproducción.⁸⁷

Tabla 6: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Se considera apropiada la regulación de la maternidad subrogada mediante un contrato especial que establezca pautas limitantes para su ejercicio, solo de esta manera se logrará evitar la vulneración de derechos y efectos negativos como la comercialización clandestina de estos acuerdos..... 90

Tabla 7: contrastación de la hipótesis inicial y la determinación final de la tesis..... 129

Índice de ilustraciones

Ilustración 1: Gráfico porcentual de la tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, se enfoca en razón de la paternidad responsable, que se asume en virtud de las capacidades respecto a la paternidad y maternidad, con todos los factores que ello incluye..... 76

Ilustración 2: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud controla la actividad de reproducción humana asistida en función a la condición de la madre, lo cual altera un aspecto del derecho a decidir de la familia respecto a la capacidad de reproducción vinculada con la paternidad y maternidad..... 79

Ilustración 3: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Al advertir un conflicto entre la normativa constitucional y su desarrollo legislativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se precisa de regular normativamente las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer el derecho constitucional de la familia a decidir sobre su condición de paternidad y maternidad..... 82

Ilustración 4: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La maternidad subrogada es un acuerdo que permite satisfacer la necesidad de paternidad o maternidad de ciertos sujetos sometidos a técnicas reproducción asistida que consolida su derecho constitucional a decidir como familia..... 85

Ilustración 5: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La ausencia de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada, se constituye como una falta de control jurídico lo cual está provocando

que su ejecución clandestina tenga como resultado, en algunos casos, vulneración de derechos por falta de límites en el ejercicio de dicha técnica de reproducción.⁸⁸

Ilustración 6: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Se considera apropiada la regulación de la maternidad subrogada mediante un contrato especial que establezca pautas limitantes para su ejercicio, solo de esta manera se logrará evitar la vulneración de derechos y efectos negativos como la comercialización clandestina de estos acuerdos. 91

Resumen

Esta investigación académica se orientó a determinar si la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud justificaría regular el contrato de maternidad subrogada para cuya tarea se ha tomado como base de análisis a la realidad jurídica respecto a la maternidad subrogada ejecutada en el entorno social peruano, destacando condiciones de riesgos planteados sobre las partes intervinientes. Es así que bajo la guía de los métodos de interpretación jurídica como es la exégesis y la verificación de la sistematización de las leyes es que se logró determinar que la limitación establecida en el artículo séptimo de la Ley General de Salud vulnera la garantía del derecho a decidir de la familia. Es en base a esta restricción inconstitucional que se proyecta el amparo de tal garantía con la sugerencia para establecer un contrato específico para el desarrollo de la maternidad subrogada bajo el control social que supone debe ejercer el Estado, la vinculación de esta posibilidad con el objeto jurídico posible desde la perspectiva del fin práctico es lo que se ha usado como fundamento para sugerir que sea acogido en el campo de los contratos innominados, toda vez que implica la participación de la mujer gestante como prestadora de su capacidad para llevar a cabo el desarrollo del embrión preexistente. Con esta determinación se ha logrado demostrar no solo la condición de vulneración de la garantía del derecho a decidir de la familia, sino que también se verifica la ausencia de control que amplifica la posibilidad de riesgos que deben ser atendidos con la creación de un marco normativo contractual para este tipo de actividad.

Palabras claves: Derecho a decidir de la familia, artículo 7 de la Ley General de Salud, la maternidad subrogada

Abstract

This academic research was aimed at determining whether the violation of the family's right to decide by article 7 of the General Health Law would justify regulating the surrogacy contract for whose task the legal reality regarding to surrogacy carried out in the Peruvian social environment, highlighting conditions of risks posed to the parties involved. Thus, under the guidance of legal interpretation methods such as exegesis and verification of the systematization of the laws, it was possible to determine that the limitation established in the seventh article of the General Health Law violates the guarantee of the right to decide for the family. It is based on this unconstitutional restriction that the protection of such guarantee is projected with the suggestion to establish a specific contract for the development of surrogacy under the social control that the State assumes must exercise, the link of this possibility with the legal object. possible from the perspective of the practical purpose is what has been used as a basis to suggest that it be included in the field of innominate contracts, since it implies the participation of the pregnant woman as a provider of her capacity to carry out the development of the preexisting embryo. With this determination, it has been possible to demonstrate not only the condition of violation of the guarantee of the family's right to decide, but also the absence of control that amplifies the possibility of risks that must be addressed with the creation of a contractual regulatory framework. for this type of activity.

Keywords: Right to decide of the family, article 7 of the General Health Law, Surrogate motherhood.

Introducción

El título de este trabajo académico “El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la Ley General de Salud y la maternidad subrogada” se ha inspirado en investigaciones previas que aportan al campo del conocimiento una posibilidad de establecer el vínculo contractual que une a las partes en el negocio de la maternidad subrogada, lo cual no se ha contemplado desde el aspecto constitucional que se aprecia en esta tesis. Este carácter de vulneración del derecho a decidir de la familia se contempla como un efecto de la Ley General de Salud que en su artículo 7 delimita un criterio de posibilidad limitada sobre la acción de las TERAS en el Perú.

El efecto de esta limitación se describe de modo tal que la maternidad subrogada como una de las principales técnicas de reproducción humana asistida no podría darse en forma legítima; lo cual tiene un efecto negativo sobre la posibilidad jurídica de control que se supone debe ejercer el Estado sobre los actos particulares. Esto quiere decir que la limitación descrita no solo restringe la posibilidad de realizar la maternidad subrogada, sino que amplía la posibilidad de riesgos en el ejercicio clandestino de tal práctica médica.

Es precisamente sobre esta condición de ausencia de control que se fundamenta la necesidad de establecer una regulación especial, existiendo una diversidad de posibilidades de las cuales se ha escogido la contemplación de un contrato especial para establecer control sobre la actividad de la maternidad subrogada. Esta elucubración jurídica se basa en la postura de un objeto jurídico

desde la perspectiva del fin práctico que permite establecer un contrato innominado en tanto que se trata de la prestación de un servicio personalísimo que brinda una mujer para satisfacer las necesidades de procreación de los padres de intención, esto se percibe como una acción en razón de la capacidad de gestación para facilitar la materialización de la vida del ser concebido mediante fecundación in vitro.

Para alcanzar estas bases y fundamentos se ha desarrollado en el primer capítulo de la investigación toda la configuración metodológica de la tesis, partiendo desde el planteamiento del problema que ha desembocado en un cuestionamiento ¿Será posible utilizar como fundamento la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud para regular el contrato de maternidad subrogada?

Dicha interrogante en función al conocimiento que se ha tenido antes de iniciar el desarrollo de la investigación, llevó a una posible respuesta a priori Si, existe la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud; entonces, en base a ello se justifica regular el contrato de maternidad subrogada, siendo un derecho de carácter fundamental, en relación a los parámetros del ordenamiento jurídico peruano.

Estos aspectos han servido de guía para el desarrollo de las metas de la investigación que en primer lugar contempló al objetivo general determinar si la

vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud justificaría regular el contrato de maternidad subrogada.

Así mismo se tiene a la creación de otras metas de carácter específico que se diseñaron bajo la indicación de observar el ámbito de protección del derecho a decidir de la familia para reconocer tal garantía frente al ejercicio del artículo 7 de la ley general de salud; estudiar teóricamente los requisitos de procedencia del acto jurídico para identificar la viabilidad jurídica de la propuesta de contrato de maternidad subrogada; analizar la realidad jurídico – social respecto a la práctica de la técnica de reproducción asistida mediante maternidad subrogada en el Perú.

Es en razón de estas tareas se ha planteado la estructura de los contenidos tanto teóricos así como de observación de la realidad, siendo que en el segundo capítulo se contempló al derecho a decidir de la familia desde la perspectiva de garantía constitucional para comprender su contenido y ámbito de protección, información que ha permitido reconocer la restricción que opera en función a la limitación del artículo séptimo de la Ley General de Salud, descubriendo los efectos restrictivos que aplica sobre la maternidad subrogada dejando en indefensión y ausencia de control a las partes que intervienen en dicha actividad.

Del mismo modo el desarrollo teórico destinado para el capítulo tercero se enfoca sobre la teoría del acto jurídico para reconocer las posibilidades de crear una regulación especial y así asumir a la maternidad subrogada como un contrato, esta

pauta es lo que ha permitido establecer un lineamiento de acción en base a la teoría del objeto del acto jurídico desde la perspectiva del fin práctico con la intención de vincular adecuadamente los intereses de los intervinientes y justificado bajo el carácter de prestación de servicio que se tiene respecto a la función de la mujer gestante en este tipo de relación.

Luego en el capítulo cuarto se ha desarrollado la verificación de la realidad en base al método de la observación que ha permitido recoger la opinión tanto de los operadores de justicia, así como de los especialistas en la rama del derecho de familia, para lo cual se ha entrevistado a dos fiscales en lo familiar del distrito Fiscal de Lambayeque. Reconocimiento que solventa la postura de la regulación contractual de la maternidad subrogada para alcanzar un adecuado control de este tipo de actividad médica y con ello salvaguardar los intereses de las partes intervinientes.

Con toda esta recopilación de información se ha logrado en el quinto capítulo la construcción de la contrastación de la hipótesis partiendo con la discusión de los resultados obtenidos con base en las metas de la investigación, lo cual ha permitido al autor asumir la postura de cada uno de estos objetivos. Dichos postulados son los que unidos en función a las variables han permitido validarlas, asumiendo así la determinación final de la tesis, resultado que se lleva a nivel comparativo con la hipótesis inicial y ha permitido además establecer cada una de las conclusiones y recomendaciones. El autor.

Capítulo I

La metodología aplicada en la investigación

1.1. El planteamiento del problema

La maternidad subrogada es un método de las TERAS, desarrollada frente al estado de necesidad de las familias afectadas mayormente por problemas de infertilidad, lo cual se aprecia con los constantes proyectos de ley que se han presentado, siendo los siguientes: **1)** Proyecto de Ley 1722/2012-CR, con fecha 15 de noviembre del 2015, que regula la reproducción asistida, que trataría de establecer un orden para el desarrollo de ciertos actos médicos para asistir técnicamente los problemas reproductivos, así como las acciones preventivas o los tratamientos sobre problemas relacionados con la genética, sobre todo en el campo del uso del gameto o algún embrión reservado en crio conservación; **2)** Proyecto de Ley N° 1724/2012-CR, que regula la investigación Biomédica, con fines de desarrollo e investigación tecnológica en el campo de la salud; **3)** Proyecto de Ley N° 3313/2018-CR, garantiza el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, presentado el 07 de setiembre del 2018; **4)** Proyecto de Ley N° 3404/2018-CR, regula los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre, y **5)** Proyecto de Ley N° 3542/2018-CR, regular la utilización y el acceso integral a las técnicas de reproducción humana asistida por parte de la población, así como los requisitos mínimos que deben cumplir los centros y/o servicios de salud que las realicen, existiendo una preocupación nacional que busca regular la maternidad subrogada.

La normativa constitucional en el campo de reconocimiento de derechos recoge en el numeral sexto, la existencia de una garantía para poder decidir de la familia, en el ámbito de maternidad y paternidad, aquel no se encuentra en relación al artículo siete de la ley general de salud, indicando que toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, como a procrear mediante el uso de TERAS, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona, limitando el derecho a las familias, otorgado por la carta magna.

Ante ello, mediante el método de observación, permitirá desarrollar el ámbito de protección del derecho a tratar, el cual podría estar siendo vulnerado por el artículo 7 de la ley general de salud, limitando su desarrollo frente a decisiones respecto de las TERAS.

El artículo hecho mención, “(...) vulnera el derecho a la salud reproductiva y los que se desprenden, al condicionar y limitar su uso a las TERAS que no cumplan con la condición exigida de madre gestante y madre genética en una misma persona (...)” (Cochón Lipa, & Cochón Lipa, 2021), pues tal vacío causa perjuicio psicológico en las parejas necesitadas de estas técnicas. También se aprecian otras posturas frente al artículo de la Ley General de Salud, aquella que lo considera inconstitucional porque permite el uso de técnicas de reproducción asistida, y con esto a la vez produce el asesinato de un sinnúmero de vidas, debido a que se ha demostrado que atenta “(...) contra la vida del concebido, contra la dignidad humana, además que el Tribunal Constitucional se pronuncia protegiendo al ser

humano desde el momento de la concepción (...)”. (Vallejos Pérez & Delgado Neyra, 2011)

A través del método analítico, se verifica la procedencia de un contrato de maternidad subrogada el cual permitirá la comercialización de la capacidad reproductiva de la mujer, en relación a los parámetros jurídicos del Perú.

La capacidad reproductiva de la mujer, abarca un problema ético pues se refiere que se atenta contra su dignidad y la del hijo como producto del contrato. Pero desde un punto de vista real, un miembro de la pareja que sufra de infertilidad no permite que la salud reproductiva sea la adecuada y cumpla la función que se necesita, procrear. La cual trae consigo, depresión, frustración, y gastos para someterse a tratamiento médicos a los que se hace referencia en el artículo 7 de la Ley General de Salud, siendo así que la maternidad subrogada, se comercializa con tal de cumplir el sueño de una familia necesitada.

Por último, a través del método interpretativo, debemos analizar la realidad jurídica social que existe en nuestro país, ante la práctica de la maternidad subrogada.

Siendo así, la práctica de la maternidad subrogada en el Perú no es ajena, lo cual fue dada a conocer por fuentes periodísticas, “(...) es así como en el año 2006 un canal de televisión española difundió un reportaje sobre una red de profesionales

médicos y personas encargadas de contactar vía internet a parejas interesadas en concebir un hijo mediante una mujer portadora (...)” (Estrada Mora, 2018, pág. 14), la cual era anunciada, y se ofrecía a jóvenes peruanas para ser las madres gestantes. A lo cual en el Perú se desarrolla con normalidad, no teniendo un número exacto de clínicas o casos anuales, por realizarse de manera clandestina ante una falta de regulación que no la hacen lícita, ni ilícita.

1.2. La formulación del problema

¿Será posible utilizar como fundamento la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud para regular el contrato de maternidad subrogada?

1.3. La justificación de la investigación

El trabajo de investigación que se aborda en el presente proyecto de tesis, encuentra su justificación en tres aspectos: Social, Jurídico y Doctrinario.

Se establece que posee una Justificación Social en relación al estado de necesidad de algunas familias al no poder realizar su sueño de ser padres, aquellas que por ser la unidad natural y fundamental de la sociedad, el Estado les brinda protección en relación a la Constitución Política del Perú. Por lo que a través de su descendencia buscan satisfacer sus deseos como también de preservar la raza humana.

Se busca proteger los derechos fundamentales de la unidad de la sociedad, para evitar el abuso o imposiciones que se podría estar realizando, ante la posible vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del Artículo 7 de la Ley General de Salud. Siendo preciso determinar si como consecuencia de salvaguardar las garantías otorgadas por la Carta Magna, se debe incorporar un espacio normativo a fin de contemplar la práctica de la maternidad subrogada como una acción jurídicamente válida, ello en tanto que permite un vínculo genético trayendo beneficios a los futuros padres, cuyo derecho ha sido gravitado.

Así también posee una Justificación Jurídica, pues entra en conflicto la potencial transgresión del derecho a decidir de la familia, otorgado por la Carta Magna, siendo delimitado en función a lo que la Ley General de Salud ha establecido en su numeral séptimo, puesto que señala restricciones sobre la actividad médica que comprende la decisión sobre paternidad y maternidad de las parejas con problemas de fertilidad.

Al ser así, en nuestra legislación no se encuentra regulada ni sancionada esta técnica que se enmarca en el campo de las TERAS, vulnerando así el ámbito de protección que le corresponde en la sociedad a cada una de las familias al ser un sector altamente vulnerable. Si bien esto conlleva un problema ético - jurídico, debido a la finalidad del contrato, esto ya ha sido analizado en diferentes países, donde algunos lo han regulado como otros prohibidos, por lo que se procederá analizar si respeta las buenas costumbres y orden público establecidas en el Perú.

Resultando además justificante el hecho de analizar diferentes criterios doctrinarios que permitan encontrar una solución, considerando posiciones contrarias y otras progresistas, donde la existencia de acciones en el campo de la medicina, mediante la subrogación de la maternidad pueda alcanzar éxito, por medio de la modalidad científica al solucionar la fertilidad de las parejas, es así como se llega a la Justificación Doctrinaria de este trabajo de tesis, puesto que se deben analizar diferentes categorías o teorías jurídicas que se desprendan del objeto de estudio, permitiendo estructurar una solución adecuada dentro de ordenamiento jurídico respecto del problema planteado.

1.4. La importancia de la investigación

El carácter de trascendencia que se puede reconocer sobre este trabajo académico se verifica en función a lo que se ha planteado como problema el cual se enfoca en establecer de manera científica si es que existe vulneración sobre los derechos existentes en el ordenamiento jurídico, tal cual el derecho a decidir por parte del artículo 7 de la Ley General de salud, y si justifica la posible regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico en relación a los parámetros actuales, protegiendo las garantías constitucionales otorgadas a los integrantes de las familias, en relación a la maternidad y paternidad.

Asimismo, es importante pues la postura dirigida a la contemplación de las técnicas de reproducción humana asistida busca proteger también derechos puesto que importa a los intereses de los padres de intención, propendiendo siempre a la garantía de seguridad jurídica que se aprecia como principal característica, respecto

a los derechos reproductivos de la familia y validez del contrato en las técnicas de reproducción asistida. Lo cual se advierte como un beneficio no solo a nivel social sino también a nivel particular puesto que cada sujeto que tenga tal dificultad reproductiva en tanto forme parte de una familia.

1.5. Los objetivos de la investigación

1.5.1. El objetivo general

Determinar si la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud justificaría regular el contrato de maternidad subrogada.

1.5.2. Los objetivos específicos

- Observar el ámbito de protección del derecho a decidir de la familia para reconocer tal garantía frente al ejercicio del artículo 7 de la ley general de salud.
- Estudiar teóricamente los requisitos de procedencia del acto jurídico para identificar la viabilidad jurídica de la propuesta de contrato de maternidad subrogada.
- Analizar la realidad jurídico – social respecto a la práctica de la técnica de reproducción asistida mediante maternidad subrogada en el Perú.

1.6. La hipótesis de la investigación

Si, existe la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud; entonces, en base a ello se justifica regular el contrato de maternidad subrogada, siendo un derecho de carácter fundamental, en relación a los parámetros del ordenamiento jurídico peruano.

1.7. Las variables de la investigación

1.7.1. La variable independiente

Vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la ley general de salud.

1.7.2. La variable dependiente

Regulación del contrato de maternidad subrogada.

1.8. Los métodos aplicados en la investigación

Con la verificación del contenido de la información metodológica que se ha creado con el fin de alcanzar las metas académicas, se tiene una estructura orientada más a la interpretación jurídica, esto es que la regulación legal requiere ser evaluada en lo que se entiende por el ámbito de protección o sus contenidos, resultado con el cual se ha de permitir al investigador establecer un margen de conocimiento sobre la función de las reglas que existen como límites para el desarrollo de las TERAS.

Esto se entiende como una guía de observación, puesto que verifica el contenido de las reglas y se impulsa sobre su comprensión para argumentar sobre la construcción de las mismas, vale decir que se constituye como la principal herramienta que conlleve a la comprensión de la garantía constitucional del derecho a decidir, que se consolida como herramienta de apoyo para la instauración de la maternidad subrogada como un contrato especial. Es así que se ha tenido como guía la aplicación de los métodos de interpretación exegética, así como la sistemática.

1.8.1. La aplicación del método exegético jurídico

Es posible verificar en el contenido problemático que muestra esta investigación existe un aspecto normativo contemplado en el ordenamiento jurídico que se encarga de la protección de la familia, lo cual se presenta como un elemento de apoyo a la propuesta para asumir la maternidad subrogada como un contrato; sobre estos aspectos es que se puede indicar que tales reglas deben ser analizadas desde su propia construcción gramatical y análisis interpretativo que permitirá reconocer cuál ha sido el interés del legislador para que se aplique como tal en la realidad. Del mismo modo sobre la regla que muestra en el artículo séptimo de la ley General de Salud, se ha revisado el contenido literal que permitió ver el carácter limitativo que se presenta como una restricción para el desarrollo de la maternidad subrogada y lo que se comprende como una alteración de la garantía que representa el derecho a decidir de la familia.

1.8.2. La aplicación del método sistemático jurídico

En concordancia con lo indicado inicialmente y lo que se presenta como necesidad de interpretar las reglas destinadas tanto a la protección de la familia así como la que se presenta como una restricción a las TERAS, se tiene como resultado el campo de la evaluación desde la perspectiva sistemática, es decir comprender a cada una de las reglas en función al espacio legislativo en las que se han insertado, ello con la finalidad de contemplar la congruencia con el resto de reglas que se encuentran a su alrededor y con las que debe operar su cumplimiento. Es así que mediante la evaluación sistemática jurídica se ha podido interpretar una realidad restrictiva que plantea la Ley General de Salud mediante su artículo séptimo, que además de ello se percibe como un elemento que vulnera la garantía que protege el derecho a decidir, es decir no se vincula correctamente con la regla constitucional en tanto que tal protección se rige por la capacidad que tienen las familias para asumir el camino o vía correcta para determinar su paternidad o maternidad, tal es el caso de la decisión responsable sobre la aplicación de métodos terapéuticos o de regulación de conceptos sobre la maternidad subrogada.

Capítulo II

El derecho a decidir de la familia frente al artículo 7 de la ley general de salud.

2.1. Los trabajos previos a la investigación

El tema del proyecto de tesis es un tema discutido, desde el punto de vista ético – jurídico, más aún con la naturaleza del ordenamiento legal donde se pretende regular la técnica de reproducción asistida. Existen diversas doctrinas, a favor o en contra siendo motivo de un debate interesante, para determinar si es posible proponer un contrato de maternidad subrogada en nuestra legislación. Por lo tanto, se tiene de referencias para el presente estudio, ciertas investigaciones relacionadas con el tema abordar, los cuales han llegado a tomar cierta postura, que se detallara a continuación.

La primera referencia es desarrollada por la Bachiller Rosario del Pilar Encinas Llanos cuya tesis para obtener el título profesional de Abogada titula “La capacidad reproductiva de la mujer como objeto del acto jurídico”, realizada el año 2019, y concluye lo siguiente: “El acuerdo sobre la capacidad reproductiva de la mujer es válido porque reúne los requisitos esenciales del acto jurídico señalados en el artículo 140 del Código Civil, como son, la manifestación de voluntad que proviene de ambas partes; agente capaz, que es la mujer casada o conviviente que está impedida físicamente de gestar y la mujer que llevará el embarazo a término; coincidencia entre la voluntad interna y lo manifestado o exteriorizado por las partes; el objeto es física y jurídicamente posible porque las partes están obligadas

a satisfacer una prestación; y la finalidad del acuerdo, que en puridad es lo que motiva a las partes a contratar a efecto de concebir una criatura en reemplazo de una mujer que adolece de infertilidad, para que producido el alumbramiento sea entregado a esta última con renuncia de sus derechos y obligaciones respecto del menor”. (Encinas Llanos, 2019, pág. 178).

Como segunda referencia citamos la tesis desarrollada por Ana Sophia Delgado Martínez, elaborada para obtener el título profesional de Abogada, titulada: “Análisis de la maternidad subrogada desde el derecho civil y derecho constitucional”, siendo un contraste al anterior trabajo de investigación citado, pues concluye: “Primero debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos por el Código Civil, en su artículo 140 y, a contrario sensu, artículo V del título preliminar, para ser un acto jurídico válido. Si bien las partes pueden manifestar de manera libre y consciente, su voluntad de querer obligarse entre sí, el objeto y causa de tal acuerdo no están ajustados a Derecho. Asimismo, su celebración y ejecución contravienen normas y principios que le interesan al orden público y a las buenas costumbres. Esto quiere decir que los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho, por cosificar los cuerpos de las mujeres que acceden a actuar como madres subrogadas y objetivar a los niños que están por nacer, fruto de la aplicación de esta técnica. Esto, porque, dichos acuerdos desconocen y lesionan la dignidad que le es debida a todos ellos, dignidad que, desde el primer momento de su existencia le es atribuida por el hecho de ser persona; así como, atentan contra los principios y derechos que brotan de ella, como lo es el principio del interés superior del niño, su derecho a la identidad, entre otros. Es decir, tales acuerdos

reducen a la persona a un medio para satisfacer deseos personales y familiares, lo cual es incorrecto; pues, el ser humano no es un bien, ni dentro ni fuera del comercio de los hombres. Por tal motivo, no han de ser promovidos ni protegidos por el Derecho”. (Delgado Martínez, 2019, págs. 91-92)

Otra fuente base para el desarrollo del presente trabajo de investigación es la desarrollada por la Bachiller Yanderit Sheilla Hinostroza Bermúdez, para optar por el título de abogada, titulada: “Regulación contractual de la figura de maternidad subrogada en el código civil”, aquella que tiene una postura favorable sobre la posibilidad de asumir a la maternidad subrogada como un tipo de contrato especial, se manifiesta indicando que la regulación civil en la actualidad tiene un carácter de falta de coherencia con los avances sociales, puesto que teniendo en cuenta el siglo en que se ubica esta investigación, se considera muy antiguo el inicio de estas acciones médicas destinadas al control de la infertilidad, lo cual muestra una evidente carencia de actualización de la normativa.

Es posible sin duda hacer este tipo de acomodo en la legislación nacional en tanto que existen instituciones jurídicas que son lo suficientemente viables para el amparo de este tipo de contratación especial, siendo así la postura de la tesis citada es sugerir la incorporación de este acuerdo en el marco legislativo del Libro de Contratos del ordenamiento civil, ello en tanto que se ajusta al acuerdo de maternidad subrogada puesto que se encuentra presente la manifestación de voluntad de las partes que intervienen, en tanto además que existe un fin útil y

además lícito que es la superación de las restricciones de la fertilidad de los padres de intención (Hinostroza Bermúdez, 2020, pág. 90).

Por último, al ser un tema que se debate no solo de manera nacional, si no también internacional, se hace referencia a la tesis, desarrollada por los Bachilleres Norvey Albeiro Infante y Luis Camilo Pineda, pertenecientes a la Universidad Santo Tomas de Colombia. El presente trabajo se titula: “Maternidad subrogada como negocio jurídico un análisis comparativo de la legislación estadounidense y colombiana”, en relación al Derecho Comparado, y concluye lo siguiente: Este método de reproducción está permitido en todas las legislaciones que han sido materia de estudio, pero hemos observado que no todas las legislaciones están permitidas como negocio jurídico. Ya que en países como España está prohibido como método de reproducción asistida, si existe de por medio una compensación económica, es decir que este tenga elementos de onerosidad dentro del contrato.

Indica que el país que mejor ha regulado este tema, es Estados Unidos en sus diferentes estados, ya que al existir una autonomía estatal la cual genera que los estados que permiten estas prácticas lo realicen de manera libre, y que por ende las parejas opten por este método de reproducción se vean mucho más beneficiadas por la flexibilidad legal, haciendo así que se este método se de forma más frecuentemente en las parejas homosexuales y aquellas que no tienen la posibilidad de reproducción. (Albeiro Infante & Camilo Pineda, 2021, págs. 42-47)

2.2. El origen institucional del derecho a decidir de la familia

Las normas jurídicas constituyen una fuente del derecho, pero no todas son de igual graduación, siendo así en el ordenamiento peruano esta jerarquía se rige en relación a la pirámide de Kelsen, en donde la supremacía se encuentra regida por la Constitución Política.

El artículo 51 de la Carta Magna, refiere: “(...) la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)” (Congreso de la República, 2022, pág. 40), reconociendo el principio de supremacía constitucional, haciendo referencia al domino de la Constitución Política del Estado, sobre las fuentes del derecho, relativas en el país. Este principio, tiene estrecha relación con el estado de derecho, pues es válido en sistemas políticos cuyas constituciones consagran los derechos fundamentales de las personas, los instrumentos jurídicos que los defienden y protegen, y aquellos sistemas de control, junto a la participación ciudadana; solo en estas condiciones la ley de leyes puede ocupar el primer lugar dentro de un ordenamiento.

Su contenido no solo se enlaza con los poderes del Estado y pueblo, sino con cualquier norma que refute lo dictaminado por la Constitución. Basado, en que de la misma se desprende el sistema jurídico del país, proporcionando los derechos y deberes de la población peruana, así como las competencias de los tres poderes del Estado, organismos autónomos, y gobiernos regionales tanto como municipales.

La Constitución Política del Perú, brinda garantías que constituyen derechos atribuidos a los sujetos que forman parte de la nación, al ser este el fin supremo del Estado, regulando al grupo fundamental de la sociedad que es la familia, derivando la obligación de defender y respetar por parte de las instituciones mencionadas. En relación a la doctrina, varía la denominación de garantías, para simplemente determinarlas como derechos fundamentales, los cuales otorgan defensa y protección jurídica, que deben ser afianzadas por otros medios legales.

Por ende, los derechos fundamentales han sido catalogados como “(...) derechos básicos de la persona que se basan en su dignidad y que, a su vez, se constituyen como fundamento del Estado y de la sociedad en su conjunto (...)” (Arroyo, 2017, pág. 11); justificando el ordenamiento constitucional, siendo necesarios para que el Poder del Estado no se desborde en sus funciones, vulnerando a quienes debe comandar. Estos derechos otorgados a la población, protegen la dignidad humana de la persona, indicando límites a la soberanía, concretando la exigencia de libertad, igualdad y seguridad en un contexto jurídico.

Esta supremacía obtenida por la Constitución, necesita de un control, previsto por la propia norma, el cual controla su aplicación, por medio de la declaración de nulidad o inaplicabilidad de las normas contrarias a lo expresado en el texto supremo; se entiende que existen dos sistemas, el Control Difuso y el Control Concentrado. El primero en relación al artículo 138 de nuestra Magna carta, y el segundo de acuerdo a los artículos 200 y 202, concediendo la potestad al

Tribunal Constitucional, como órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad.

Se debe resaltar que en el ordenamiento peruano existe una triple dimensión del poder: a) Poder del estado frente a los ciudadanos; b) Poder de los ciudadanos frente al estado; y c) Poder entre ciudadanos, los cuales deben controlarse para poder obtener un correcto manejo y control de la jurisdicción que preside la Constitución Política del Perú. El derecho al que se hace referencia, es decir el poder está “(...) integrado por garantías para los derechos de seguridad, propiedad, libertad e igualdad que toda Constitución democrática consagra (...) al control del poder conciernen los instrumentos jurídicos que permiten contener a cada uno de los órganos del poder dentro de los límites que le asigna la Constitución (...)” (Valadés, 2000, pág. 2), siendo igual para la ciudadanía, asociaciones y cada integrante u órgano relacionado al poder otorgado por la Carta Magna.

Para hablar de poder emanado por el pueblo, existirá la democracia, potestad genéricamente denominada por la población, indicando aquel dogma del cual parte un sistema de libertades, y si no se reconocen se pone en duda las garantías individuales y colectivas señaladas en la Constitución. La importancia de la triple dimensión del control del poder, radica en limitar el ejercicio del poder, equilibrando y desarrollando de manera eficiente su regulación, a través de otro principio que es la división de poderes, necesaria para evitar que el poder público se concentre y subordine a quienes se debe gobernar, es decir el Estado al pueblo, de manera que actúa de contrapeso entre ellos.

2.3. Carácter fundamental del derecho a decidir de la familia.

El artículo 2 de la Constitución Política del Perú, se ha encargado de enumerar los derechos fundamentales de las personas, pero eso ¿quiere decir que los derechos que no se encuentran en el artículo 2 no tienen el carácter fundamental? La misma ley de leyes, en su artículo 3 refiere “la enumeración de los derechos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo (...)” (Congreso de la República, 2022, pág. 18); entonces, se debe entender a los derechos como aquellos que protegen la esfera de la vida humana, y son creados por normas que garantizan su protección, brindando este artículo la virtud de ampliar la lista de estos derechos con rango constitucional. No se han reservado el carácter solo para los derechos reconocidos el primer capítulo de la Carta Magna, siendo posible encontrar a estos a lo largo del contenido del texto de la ley.

Los derechos a los que hace referencia el artículo 3, son aquellos que no se encuentran en el contenido protegido por una garantía que se encuentra expresa en la Constitución, pero tienen un contenido propio, el cual les permite estar relacionados con la ley, indicando que esta vinculación otorga el carácter fundamental; así como protección fundada o justificada sobre los principios constitucionales.

El derecho que se encuentra reconocido en el artículo 6 de la Constitución es el derecho a decidir de la familia, plasmado con un carácter fundamental por los párrafos predecesores, haciendo referencia a los derechos reproductivos, aunque no

sea de manera taxativa, por lo que indica “(...) La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir (...)” (Congreso de la República, 2022, pág. 19). Estos se basan en el reconocimiento de un derecho básico a la unidad de la sociedad, la familia, para decidir libremente y de manera responsable, sobre el número de hijos, intervalos de nacimientos, medios para alcanzar un nivel adecuado de salud sexual y reproductiva, así como “(...) incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos (...)”. (Otsu, 2005, pág. 401).

La salud reproductiva es aquella capacidad para desarrollar adecuadamente una vida sexual satisfactoria, teniendo la libertad otorgada por el derecho de decidir de hacerlo o no, esta percepción se refiere a la validación del derecho a nivel personal. Luego en el ámbito que vincula a los seres dentro de una relación, que puede conducir a la unión que consolide una familia, se orienta con el derecho de obtener información sobre la planificación, así como métodos para regular la fecundidad que no se encuentren prohibidos por la ley, seguros y eficaces. Además, la mujer cumple un rol importante pues teniendo en cuenta que estos derechos al darse sobre cuestiones de sexualidad, como su salud sexual y reproductiva, atendiendo a las condiciones de maternidad su papel en la ejecución de las TERAS, trasciende en razón de la libertad para decidir que se le otorga en función al derecho aquí explicado.

Por lo tanto, las familias tienen la facultad de decidir sobre su procreación, desde su planificación, hasta los métodos para poder procrear un hijo, pues debido a los problemas de infertilidad que muchas familias afrontan en la actualidad recurren a la maternidad subrogada, una técnica de reproducción asistida que satisface la necesidad de ser padres puesto que al ejecutarse este acto “(...) en un laboratorio y gestarlos en un vientre no necesariamente de la madre biológica a través de la intervención de técnicas de reproducción, un proceso complejo, en el campo médico, y en el ámbito bioético, jurídico y socio cultural (...)” (Estrada Mora, 2018); ya que en relación a este derecho se les brinda la oportunidad de recurrir a un tratamiento para poder procrear siempre y cuando estos sean legales. A lo cual, nuestro ordenamiento peruano tiene normas referentes y entre ellas se tiene a la Ley N° 26842, Ley General de Salud, aquella ley ordinaria siendo la única donde se ha hecho manifestación al uso de las técnicas de reproducción asistida en su artículo 7.

El derecho a decidir, pertenece a las personas, a las familias, más no al Estado, al que solo le compete brindar una adecuada educación e información, sobre esta potestad para inculcar una correcta maternidad y paternidad.

Finalmente, es posible determinar que estos derechos constituyen una gran importancia, pues involucran a otros solo partiendo de la mera concepción de decidir, fundamental para la realización de la vida y proyecto personal de todo ser humano, en este caso, desde el núcleo de la familia. Además, refiere una tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, buscando la finalidad que tanto el

hombre y la mujer en pareja, logren mantener el goce de una salud sexual y regular su fecundidad, incluyendo el respeto por la integridad física del cuerpo humano, así como las responsabilidades conexas que trae consigo la conducta sexual.

Para resumir este derecho sería “toda persona tiene derecho a decidir con quién, cuándo y cómo tienen o no hijos y relaciones sexuales” (Bavio, 2013, pág. 305); debido a que las personas de manera consciente deciden, gracias a la potestad otorgada por la Constitución.

2.4. Manifestación de voluntad, nexos con el derecho a decidir de la familia

Al otorgarnos la Constitución Política el derecho a decidir, se ve involucrada la manifestación de voluntad y la capacidad jurídica para realizar una decisión, en el caso específico al momento de ejecutar un contrato para llevar a cabo las técnicas de reproducción asistida, y así las familias puedan satisfacer sus necesidades.

Siendo así, debemos explicar que conlleva la manifestación de voluntad y su importancia en nuestro estudio, pues voluntad por sí misma es la “(...) expresión de la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Las personas son libres de decidir sí en qué modo, en qué medida, dónde y cuándo serán afectadas en sus esferas jurídicas (...)” (Torres Vásquez, 2018, pág. 163), reconociendo el derecho a decidir otorgado por la carta magna.

Es el núcleo central para derivar las acciones que realizaran las familias, constituyendo el primer límite para las partes en la propuesta de un contrato de maternidad subrogada, debido a su exigencia y seguridad en el tráfico jurídico. La voluntad que no es manifestada no tiene efectos, siendo irrelevante en el mundo del derecho, pues no logra decidir y no se da a conocer.

Cuando se manifiesta la voluntad, se logra perfeccionar las consecuencias jurídicas, regulando los intereses de las partes, debiendo concurrir “(...) elementos internos (discernimiento, intención y libertad) y externos (manifestación) (...)” (Torres Vásquez, 2018, pág. 166), repercutiendo en la vida social, pues la persona hace notoria su decisión y además de esta se desdobra la capacidad que tiene la parte para realizarla, pues es lo que el sujeto realmente quiere, y se exterioriza mediante declaraciones, comportamientos, decisiones, correlacionándose para constituir la voluntad jurídica, donde ya no solo es un hecho psicológico, si no a través de ella establecen relaciones jurídicas. Los efectos que produce son sociales, prácticos o económicos, destinados para crear, regular, modificar o extinguir, en relación al artículo 140° del Código Civil, expresando lo que busca el acto jurídico y sus requisitos indispensables para su validez.

Así, debemos hacer hincapié en la capacidad jurídica que tienen las partes para realizar la exteriorización de su voluntad, repercutiendo como un segundo límite, pues mediante el Decreto Legislativo N° 1384, reguló en igualdad de condiciones la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; pero ¿qué implica la capacidad jurídica?

Capacidad, es el “(...) atributo que tiene toda persona natural, mediante el cual el sujeto puede realizar actos que no estén prohibidos. Aptitud para ser titular de relaciones y, por otro, es el núcleo del Derecho, ser capaz de poder realizar algo (...)” (Enrique Varsi-Rospigliosi, 2019, pág. 2), la cual se divide en capacidad de goce y capacidad de ejercicio en relación al artículo 3 del Código Civil, que refiere “(...) toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones (...)” (LP DERECHO, 2022); siendo que el goce referido es reconocido por el Estado de la existencia de un ser digno de tutela, pues el sujeto se beneficia de esta protección legal sin recurrir a terceras personas para acceder a sus derechos, encontrándose plenamente capaz, ejerciendo su atribución conferida.

Entendiendo, que como sujetos de derechos, somos titulares de derechos y obligaciones, teniendo su origen el goce como el ejercicio jurídico en la personalidad, existiendo una relación de causalidad entre la primera y la segunda, solo pudiendo ser revocadas o limitadas en determinadas circunstancias. Siendo este concepto la discapacidad, y definido por la Organización Mundial de Salud como personas con “(...) deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en interacción con diversas barreras, pueden obstaculizar su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás (...)” (Organización Panamericana de Salud, s.f.); a lo que antes de la reforma nuestro ordenamiento presumía que toda persona era capaz, siempre y cuando no se declara lo contrario, pues esta se resolvía por medio de la interdicción, siendo los

representantes de las personas y no teniendo una capacidad de ejercicio de sus derechos, lo que determinaba que los actos realizados por los incapaces sin interdictos no surgieran efectos jurídicos y el acto jurídico era inválido.

Ahora, el código sustantivo colige que la capacidad de goce como ejercicio son titulares las personas que tengan o no discapacidad, desarrollando un nuevo modelo social que busca integración e inclusión, con restricciones determinadas por la ley, complementada con el artículo 42 del texto citado, indicando que no existe distinción en la capacidad, pero que el ejercicio de la misma se adquiere desde los dieciocho años, sin necesitar de terceros para poder desarrollarse a plenitud. Partiendo su desarrollo, “(...) del hecho que la discapacidad no constituye una anormalidad del sujeto sino, contrario sensu, es una desadaptación de la sociedad al no tratar de manera justa y equitativa al ser humano.” (Enrique Varsi-Rospigliosi, 2019, pág. 7)

Siendo una regla fundamental para determinar la capacidad, poder realizar sus actividades de manera autónoma, aplicándose también en los negocios, en relación al contrato planteado, pero existen excepciones y nuestro ordenamiento jurídico las plasma en los artículos 43 y 44 del Código Civil, en los incapaces absolutos o relativos, debido a que esta clasificación discernía la validez del acto jurídico.

En estos artículos es donde se produce la modificación y se elimina las restricciones de la incapacidad, regulando la igualdad de condiciones, eliminando la figura de interdicción y ahora manifestar el apoyo y salvaguarda, brindando la autonomía que goza la persona, respetando su dignidad y desarrollo en la sociedad, para decidir respecto a su vida y libertad para tomar sus propias decisiones.

Debido a su relación directa con la Ley General de la Persona con Discapacidad, esta refiere en el artículo 2 que la persona con discapacidad es aquella “(...) que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o impedida en el ejercicio de sus derechos, su inclusión plena en la sociedad (...)” (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, 2018, pág. 2), concluyendo que la modificación realizada esta en concordancia a la restricción de los derechos y la inclusión de estas personas, originado en el modelo social, donde ahora las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, tanto en goce como ejercicio.

Haciendo mención a la unidad de la sociedad, las familias, frente a las decisiones de maternidad y paternidad en un supuesto contrato de maternidad subrogada, debe tener como punto de partida la capacidad de las mismas, siendo relevante para poder manifestar su voluntad de llevar a cabo la técnica de reproducción asistida y así cumplir el sueño de ser padres, ya que si bien hemos desarrollado que las personas con discapacidad ya han sido reconocidas en el ordenamiento jurídico en igualdad de condiciones, el objeto de este contrato es la

vida humana mediante la procreación, que será desarrollado en el siguiente capítulo, debiendo plantearse restricciones pues el cuidado y proyecto que implica una nueva vida hace que deba determinarse límites para una calidad y digna existencia.

2.5. Artículo 7 de la ley general de salud

El derecho a decidir recogido en la ley de leyes, implica en la paternidad y maternidad, de las familias, cuando y como llevar a cabo la procreación de sus hijos, en estos tiempos que existe la problemática de un estado de necesidad en las familias afectadas mayormente por problemas de infertilidad, estando la solución en los avances científicos y el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida. La maternidad subrogada puede satisfacer la necesidad de ser padres, pero lo contemplando en el artículo 7 de la ley general de salud, contradice el derecho otorgado a las familias a decidir por la carta magna.

El artículo en mención, refiere 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 (...)” (MINSA, 1997); condicionando las acciones que puedan tomar las familias al decidir respecto a las posibilidades para satisfacer su necesidad de ser padres, identificando un límite a la propia acción, pues establece parámetros sobre el modo de nacimiento de los hijos, prohibiendo la ausencia del vínculo genético.

Siendo que la única referencia en el Perú, sobre la Maternidad Subrogada la encontramos en la Ley General de Salud – N° 26842, en el artículo 7, no estando regulada en nuestro ordenamiento jurídico, sin prohibir o permitir su práctica, lo cual se advierte por la coincidencia del concepto en tanto que dicha regla describe la acción de maternidad subrogada estableciendo un límite biológico para su ejecución, este parámetro contraviene el derecho a decidir plasmado en la Carta Magna, debido a que con esta norma, no permite que el bebe gestado por una madre sustituta, sea inscrito como hijo por otra mujer, no respetando el orden jerárquico de las leyes.

Identificando el problema en la condición exigida por la Ley de salud, que tanto la madre gestante y genética sean la misma, lo cual no se cumple en la maternidad subrogada, y al realizar una interpretación literal del artículo tratado, se logra entender una prohibición de este tipo de técnicas de reproducción asistida, limitando el ejercicio de los derechos de la familia, expresando un solo supuesto de maternidad. A lo que el artículo 7 de la Ley General de Salud, “(...) vulneraría los derechos constitucionales de las parejas que desean ser padres (...), pues se les impediría acceder a un método de procreación asistida a causa de una interpretación errónea de la normativa existente (...)”. (Rupay Allcca, 2018)

La Ley General de Salud N° 26842, es una ley ordinaria que trata en este caso del tema de salud, a diferencia de las leyes orgánicas, que mediante el artículo 106 de la Constitución Política estas “(...) regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras

materias (...)” (Congreso de la República, 2022, pág. 69), siendo así este tipo de leyes tienen el mismo rango, pues ambas leyes se trata de competencia más no de jerarquía, ya que ambas se encuentran en el nivel normativo legal en el ordenamiento jurídico peruano, a lo cual solo puede ser derogada por otra ley de su misma jerarquía o por sentencia del Tribunal Constitucional, donde sería pasible de su constitucionalidad, por medio del proceso de inconstitucionalidad establecido en el artículo 200 numeral 4 de la Constitución.

A diferencia de la Constitución Política del Perú, que ya como hemos desarrollado prevalece sobre toda norma legal; estando reconocido el principio de supremacía constitucional en la propia Carta Magna, a lo cual en relación al artículo 138, del texto indica: “(...) En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior (...)” (Congreso de la República, 2022, pág. 85), reconociendo un control judicial constitucional, donde las “(...) leyes inferiores a la Constitución tienen que ser conformes a ella, no pueden contradecirla, y si una norma entra en conflicto con la Constitución prevalece esta última aunque sea anterior y no la norma posterior (...)” (Otsu, 2005, pág. 471).

A lo cual repercute directamente lo que contradice la Ley General de Salud en su artículo 7, a la Constitución Política otorgando el derecho a decidir de las familias, por ende, decae en inconstitucional, y debe realizarse la que de mayor jerarquía que es nuestra carta magna, debido a su carácter supremo. Pues el artículo

que transgrede buscar condicionar lo otorgado como derecho fundamental, más aún si no existe una ley ordinaria sobre maternidad subrogada, en general de las técnicas de reproducción asistida, debiendo regularse y así determinar límites sin contradecir a la ley de leyes.

2.6. Los efectos de la política pública de paternidad y maternidad responsables sobre la garantía de seguridad jurídica

El tema de la política pública se vincula directamente con la gestión desarrollada por el gobierno de turno, lo que permite acondicionar la realidad jurídica en función a las decisiones tomadas, en este caso para orientar la dirección del ordenamiento jurídico, así el desarrollo del mismo deberá depender del orden que marca la Carta Magna como base de la normatividad. Esta situación ideal se distorsiona eventualmente por cierto conflicto de interés que se produce entre quienes desarrollan las estrategias que construyen la política pública, sobre todo desde la perspectiva del objeto político que persiguen intereses particulares sacrificando los de tipo social (Canto, 2021).

Según lo explicado desde la palestra de la gestión se entiende deben procurarse estrategias que solventen las necesidades sociales que se respaldan a través de las garantías establecidas en la normativa constitucional, por lo mismo que para el caso de esta investigación se percibe como interés social el respeto y garantía por el derecho a decidir sobre la paternidad y maternidad responsable y todo lo que ello implica, interpretación del artículo sexto de la Constitución que traslada la ausencia de regulación sobre la maternidad subrogada y la prohibición

expresada en el artículo 7 de la Ley General de Salud, como un índice de inadecuado desarrollo de esta política pública.

Sin duda alguna esta circunstancia se identifica como un factor que desencadena una situación de inseguridad jurídica, puesto que bajo el entendido caso de que el Estado a través de las políticas públicas habrán de asegurar la protección de las garantías establecidas en la normativa constitucional, se denota el incumplimiento de este derecho a decidir sobre el modo de satisfacer la necesidad procreacional que les permita desarrollar adecuadamente la paternidad y maternidad responsable. Esto quiere decir que el manejo de la política estatal no alcanza la suficiente certeza sobre el control social que debe ser ejercido para evitar la distorsión del fundamento básico de la normativa constitucional que es el principio “pro homine”, donde el ser humano es el centro que vincula a todo el ordenamiento jurídico.

Capítulo III

El acto jurídico y la viabilidad del contrato de maternidad subrogada

La condición evolutiva del derecho es lo que permite mantener en vigencia el ordenamiento jurídico, es en base a este razonamiento que se pretende sugerir como posibilidad la inclusión de la maternidad subrogada como una figura jurídica relacional que se perciba como un acto jurídico, en tanto que la necesidad de cubrir este acto que se produce entre sujetos con intereses comunes se orienta al orden social, sobre todo con el fin de evitar que se produzcan acuerdos fuera del contexto de control que le corresponde ejercer al derecho civil como mecanismo de intervención estatal.

Lo señalado conviene observarlo desde la perspectiva de Morales Hervias que conceptualiza al acto jurídico como una acción estricta que permite ejercitar el poderío jurídico que tienen los seres humanos para desarrollar un comportamiento específico, desde luego en función a sus intereses particulares. Frente a ello se tiene también el concepto de los actos autónomos privados que se vincula con lo anteriormente señalado en tanto que se ejercita el poderío normativo lo cual conlleva a la creación de reglas en el contexto jurídico; esta relación es lo que se convierte en el factor que posibilita la creación de leyes específicas para controlar actos o comportamientos que se estuvieran generando fuera del marco jurídico (Morales, 2009).

De acuerdo con lo señalado, resulta interesante descubrir los elementos que posibilitarían la incorporación de la maternidad subrogada como un comportamiento social de un factor específico, el mismo que se da bajo ciertas circunstancias que de acuerdo a lo observado en la realidad, requieren de un control especial, puesto que al ser algo que no se encuentra regulado positivamente, abre la posibilidad para el desarrollo de actos ilícitos. Siendo esta la importante finalidad de control que le corresponde al Estado, será preciso ubicar la posibilidad jurídica para solventar herramientas que permitan controlar acciones o comportamientos sociales como el de la maternidad subrogada, que además obedecen al desarrollo de un derecho considerado como fundamental, en tanto se vincula con la libertad y dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, siendo esto la esencia que permite la garantía que ostenta la familia para ejercer su derecho a decidir.

3.1. El formalismo del acto jurídico y su nueva percepción

Es importante para el desarrollo que plantea esta investigación, tener en cuenta que existe una tendencia moderna en el derecho que se consolida como el renacer que percibe con mayor prevalencia al formalismo, esta condición se vincula con el carácter de seguridad jurídica que se entiende debe ser la base para la celebración jurídica de los actos para su validez, sobre todo con el fin de mantener vigente el carácter continente en la acción volitiva como manifestación de quienes celebran el acto.

Esta característica se plantea con la intención de poder establecer un correcto orden en el control de los actos en función a la licitud, sobre todo con la

finalidad de poner en salvaguarda el derecho de terceras personas intervinientes o vinculadas con dichos actos. Dicha condición de seguridad permite además que se facilite el hecho de probar el acto mismo en razón de su existencia, lo que se convierte en el razonamiento que modernamente adquiere el derecho para oponer el carácter formal sobre el consenso del acto (Cortez, 2012).

3.2. El acto jurídico y maternidad subrogada

La maternidad subrogada ha sido contemplada en otras legislaciones a través de un contrato, reflejando un avance que permite otorgar una opción para poder concebir un hijo a las familias que se encuentran ante esta necesidad. Siendo así, el contrato es un acto de autonomía privada, en el cual dos o más partes deciden vincularse para establecer derechos y obligaciones, con un carácter patrimonial, y al ser este un negocio jurídico, se debe hacer referencia a lo que implica el acto jurídico.

El acto jurídico, regulado en el Artículo 140° del Código Civil Peruano, es definido como “la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas (...)” (LP DERECHO, 2022); mientras que el negocio jurídico “(...) consiste en un acto de autonomía privada por el cual los particulares regulan sus propios intereses mediante la constitución, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas, quedando obligados a sí mismos por dicha regulación (...)” (Torres Vásquez, 2018, pág. 82). En consecuencia, “(...) la autonomía privada alcanza su máxima expresión en los actos jurídicos de naturaleza

patrimonial de los cuales, el contrato es su manifestación más importante (...).”
(Torres Vásquez, 2018, pág. 78)

Para poder perfeccionar el acto jurídico, el Código Civil, describe cuatro requisitos: “1.- Plena capacidad de ejercicio, 2.- Objeto física y jurídicamente posible, 3.- Fin lícito y 4.- Observancia de la forma prescrita, bajo sanción de nulidad”. (LP DERECHO, 2022), los cuales van a tener que contemplarse en el contrato de maternidad subrogada para poder determinar si es posible regular el mismo desde los parámetros legales, sobre todo teniendo en cuenta que existen posturas contrarias en la doctrina.

En el contrato, la autonomía presenta tres direcciones, según Aníbal Torres Vásquez: Libertad de celebrar un contrato, libertad de elegir a la persona con quien se va a contratar y libertad de determinar el contenido del contrato. Respaldado tanto en la Constitución Política del Perú como el Código Civil, siempre que no contravenga lo dicho por estas, y no ir en contra del orden público y las buenas costumbres, punto a resaltar en la maternidad subrogada, pues los límites para una regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos, son éticos – jurídicos; lo cual se traduce en la realidad sobre las condiciones variadas respecto a la madre gestante, el producto del acuerdo y los padres necesitados por tener una descendencia.

Se puede definir desde un punto de vista contractual a la maternidad subrogada como un “(...) supuesto en el que una pareja por cualquier motivo no

puede tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta, con el fin que dé a luz al niño entregándoselo aquellos para ser considerado su hijo (...).” (Jimenez Muñoz, 2012, págs. 105-106) Por ello, en algunos países esta práctica es considerada lícita, no habiendo una armonización sobre este contrato, discutiendo un conflicto de intereses.

La doctrina se encuentra dividida, pues los partidarios de llevar a cabo esta práctica, presentan a la maternidad subrogada como una forma de reproducción asistida, cubriendo la necesidad de las parejas afectadas, para cumplir su sueño de ser padres, y la posición contraria refiere es una nueva forma de explotación de la mujer y tráfico de personas, por lo que los menores son el producto del comercio. Relacionando los juristas con el derecho a procrear, siendo “(...) este derecho de importancia en la unidad familiar y de la reproducción a partir del derecho a fundar una familia y de la opción reproductiva. Como también se vincula con el derecho a una salud reproductiva. (...)” (Regalado Torres, 2017, pág. 13).

Como también existen visiones progresistas, que determinan que no solo se vincula a la necesidad de realizar un contrato privado, si no que a medida que avanza este problema jurídico trae consigo otros derechos como en el espacio laboral, fruto de esta forma especial y mercantilizada. A lo que este “(...) nuevo escenario de protección del menor y del vínculo creado entre progenitores y descendencia, apuntado a que asistimos a un reconocimiento de esta forma de filiación por el ordenamiento jurídico laboral, colonizando también otros ámbitos”. (Ruiz Franco, 2018, pág. 54)

Por lo que se procederá analizar desde la teoría del acto jurídico si cumple con los requisitos el contrato de maternidad subrogada para ser regulado en el ordenamiento peruano, afianzando el estudio con las diferentes propuestas doctrinarias.

3.3. Posturas jurídicas sobre la maternidad subrogada como negocio jurídico

Existe una postura creada desde la perspectiva conservadora en España que ha sido dirigida negativamente sobre la posibilidad de que se considere a la maternidad subrogada como un negocio jurídico, ha de entenderse que dicha posición se basa en el hecho de que no existiría un objeto lícitamente posible, puesto que no es posible establecer como tal a los elementos que están al margen de la comercialización del hombre, por tanto al ser nulo no ha de generar obligaciones, en consecuencia no sería posible considerar la existencia de un contrato que regule sus acciones dentro de un marco de licitud. (Emaldi, 2018)

También existen posturas que alcanza a comprender a la maternidad subrogada como una suerte de “negocio jurídico atípico” comprendido en el rango de los derechos de la familia puesto que se encuentra vinculado a la filiación del menor. Se ha indicado también como una “promesa unilateral o contrato a favor de tercero”, por todo ello es que se asumen estas posturas como en contra de la posibilidad de generar un contrato lícito dado que señalan al objeto del acuerdo como a la negociación de menores debido a la condición de entregar al otro la cosa contratada que se asume como el producto del parto en consecuencia de lo cual se estaría generando una contraprestación. (Regalado Torres, 2017)

Otra de las posturas es el enfoque considera a la maternidad subrogada como un contrato que no podría ser clasificado dentro del ámbito de la contratación vigente, puesto que bajo la percepción de que se trata de un acto jurídico con la finalidad de que se produzca la gestación “allienus un vitro” manifestación de voluntad que puede o no depender de una contraprestación patrimonial bajo la condición de que el menor que nazca de dicho parto sea entregado a los padres biológicos o en tanto sea reclamado dentro de los seis primeros meses de nacido. (Martínez, 2015)

Como ha podido apreciarse de lo descrito, es posible asumir una postura que discuta lo referente a la imposibilidad de considerar a la maternidad subrogada dentro del contexto contractual, pues atendiendo a la necesidad de que esta actividad se encuentre regulada, es necesario asumir una postura de flexibilización de la conducta al punto de hacer coincidir con la estructura que diseña el negocio jurídico. Esto implica que la acción desarrollada como maternidad subrogada implica la existencia previa de la voluntad o intención, primero de quienes desean ser padres para luego en función a dicha dependencia exista la manifestación de voluntad de quien ha de gestar el ser.

Ante lo señalado surge un nuevo reto, que para la consolidación de un negocio jurídico tendrá que observarse la presencia de un objeto que sea el móvil de la negociación, puesto que se entiende debe obtenerse un resultado como beneficio para ambas partes sea del carácter que fuera. Por tal razón es que se precisa de la indicación de un objeto que se encasille en el campo de la licitud, para

este caso se puede asumir como objeto de negociación a la capacidad de la mujer que habrá de gestar al nuevo ser.

Cabe indicar que atendiendo a la teoría de la concepción y su percepción en el propio ordenamiento jurídico, el solo hecho de la fertilización del óvulo in vitro, es lo que permite asumir la existencia del nuevo ser, lo que significa que el acto de gestación se convierte en el mero espacio o vehículo que trasladará al nuevo ser a su maduración y alumbramiento, puesto que biológicamente no se vincula con la mujer gestante. Para tal fin es importante considerar un aspecto de viabilidad que consolide el hecho jurídico en tanto negocio con un objeto jurídicamente válido, para lo cual se ha de recurrir a la teoría del objeto considerado como fin práctico que según describen Ospina y Ospina que según lo manifestado por Planiol y Ripert se debe entender a este tipo de objetos fuera de la percepción del efecto jurídico propiamente dicho sino más bien por el fin práctico que se busca por parte de los que participan en el acto. (Encinas Llanos, 2019)

3.4. La naturaleza patrimonial de las relaciones jurídicas nacidas de contrato y la maternidad subrogada

Es importante considerar la posición doctrinaria que describe el carácter patrimonial desprendido de los contratos, dejando en claro que existen cuando menos dos posiciones, una clásica que se aprecia desde un sentido restrictivo sobre tal condición, en tanto que sugiere la existencia de un acuerdo contractual destinado a la consolidación de un determinado derecho u obligación con características patrimoniales (Ospina & Ospina, 2000). Desde la perspectiva alemana se establece

una asociación entre las prestaciones o propósitos respecto a la obligación surgida del contrato, pero eso no debería asumirse con un vínculo jurídico con efectos patrimoniales; lo que conduce a una percepción del objeto del contrato como aquellos bienes de quienes intervienen en el contrato (Cabrera, 2011).

Según lo planteado la posibilidad de que existan contratos fuera del margen patrimonial, conduce a la percepción de un tipo de acuerdo que va más allá del individualismo como base de este tipo de actos jurídicos, sobre todo por el hecho de que esta base no resulta suficiente para cubrir algunos deberes y la demanda de necesidades que pudieran presentarse en el ámbito de la fenomenología jurídica, esto se vincula con las necesidades sociales existentes (Pereira, 2022). Bajo esta perspectiva es que se puede justificar la existencia de un contrato de maternidad subrogada bajo el fundamento altruista que permite salir del marco de las condiciones patrimoniales vinculadas con el objeto del contrato.

En virtud de esta nueva percepción del contrato más allá del carácter restrictivo sobre la patrimonialidad de su fin, debe asumirse la perspectiva del fin social, esto es que según lo que se concibe como la estructura del derecho no se puede aislar a este tipo de acuerdos del campo cultural que existe socialmente, vale que decir que debe apreciarse como aquel elemento que se genera de acuerdo al esfuerzo consciente de las personas con la intención de dar solución a las distintas condiciones problemáticas que se suscita (Tejeiro, 2012). Esto es aplicable al caso planteado por esta investigación respecto a la maternidad subrogada que en amparo de la protección familiar debería regularse con el fin de satisfacer la necesidad

procreacional y a la vez generar un marco eficaz de control sobre las posibles acciones ilícitas que constituyeran delito.

3.5. El objeto jurídicamente posible del acto jurídico en el contrato de maternidad subrogada

Sobre el objeto del contrato se puede indicar que está vinculado con la condición obligacional que surge de este acto jurídico, lo que representa la acción que desarrolla el obligado, esto quiere referirse al compromiso pactado lo cual debe efectuarse, siendo esto lo que se conoce como objeto indirecto. Además, se entiende que el objeto tendrá por finalidad la de satisfacer lo convenido por las partes que intervienen con su voluntad de acción respecto a la prestación establecida (Muñoz, 2021). Atendiendo a esta definición sobre el objeto, la condición posible desde la perspectiva de licitud debe desvincularse del carácter patrimonial según lo indicado líneas arriba como posibilidad de contrato al margen de esta condición, como es el caso de los contratos altruistas.

La percepción del objeto en los contratos se ha generalizado hacia la visión económica de estos elementos, lo que conduce a una idea patrimonial, lo cual ya se ha explicado anteriormente como posibilidad de un contrato que sale del individualismo para centrarse en el altruismo como fundamento. Así, el planteamiento económico de los servicios como tal se asume desde el concepto de los bienes, lo cual constituyen el objeto del contrato; sobre ello debe entenderse que la versión conceptual de los servicios se traduce en dos vertientes una que de manera tradicional se refiere al bien con característica de propiedad material que le da una

característica tangible, o que puede someterse a la percepción física del ser humano; frente a ello está la otra clasificación de estos servicios como elementos “inmateriales o intangibles” que también pueden ser objeto de intercambio para alcanzar la satisfacción de la necesidad existente, lo que justifica la adquisición de servicios de este tipo a través de los contratos (Brantt & Mejías, 2018).

En tal sentido, la posibilidad jurídica de asumir al servicio intangible como objeto del contrato, conduce a la idea de un acuerdo sobre la disposición de la capacidad reproductiva de una mujer para satisfacer la necesidad de los padres de intención, lo cual se aprecia como jurídicamente posible en base al sustento de la viabilidad de prestar un servicio de carácter inmaterial como lo es aquella disposición de la madre gestante en la maternidad subrogada.

3.6. El interés superior del niño como fundamento de protección ante el incumplimiento del contrato de maternidad subrogada

Teniendo en cuenta lo descrito respecto a la posibilidad jurídica de establecer un contrato de maternidad subrogada, el mismo que se establecería como uno que se oriente a la prestación de servicios, lo cual tendría un objeto inmaterial o intangible que representa la capacidad de gestación de la mujer subrogante de la maternidad; el interés superior del niño se presenta como una necesidad de control ante el posible incumplimiento de este acuerdo, dado que pese a la participación de esta mujer subrogante de la maternidad, el vínculo biológico existente entre el producto de la gestación y los padres de intención debe ser garantizado.

La garantía de este principio de interés superior del niño incorpora entre otros derechos a la filiación antes explicada, la cual debe ser asegurada ante eventualidades como el incumplimiento, puesto que pese a las condiciones altruistas en las que se percibe como posibilidad para el establecimiento de este contrato, cabe la posibilidad de alteraciones de la voluntad en el transcurso del acuerdo, acción que debe considerarse en el desarrollo de la normatividad que sustente este tipo de contrato.

3.7. La maternidad subrogada en la jurisprudencia peruana

Se ha considerado este apartado en la tesis, con la intención de mostrar la existencia de casos atendidos sobre conflictos que se han generado respecto a la maternidad subrogada en el Perú; lo cual resulta de importancia en tanto que permite observar la condición de necesidad normativa existente, la que debe ser solventada bajo lineamientos específicos de control social a través de las políticas públicas como ya antes se ha indicado.

En primer lugar, se tiene la sentencia del Exp. N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 que discute la inscripción en el Registro Nacional de Identidad ante el 5° Juzgado Especializado Constitucional de Lima. En este caso se ha declarado fundado el amparo petitionado, que exigía la inscripción de un niño que nació por maternidad subrogada. Esta decisión ha sido sustentada en la base de protección de las garantías constitucionales reconocidas en el ordenamiento jurídico, siendo una de las que coindican directamente con esta propuesta el de la autodeterminación que conducen a la posibilidad de acceder a los avances de la ciencia para satisfacer

su necesidad procreacional, lo cual en el caso específico de la maternidad subrogada debe permitir la participación de una tercera persona a los padres de intención. En tal sentido la Corte considera incongruente el hecho de que, si ya se produjo el nacimiento del menor pese a no estar autorizado legalmente, no se puede negar el derecho del registro.

También se tiene la casación N° 563-2011-Lima, en la cual se presenta el caso de una pareja que recurrió a la técnica de maternidad subrogada, indicando que tenían un acuerdo con la madre gestante para que a cambio del pago de una suma dineraria entregaría al producto del nacimiento, existe la particularidad de que el gameto utilizado para la concepción es del padre de intención entre tanto que el óvulo es de la mujer gestante, en virtud de lo cual se realizó un registro con la maternidad de esta última y por complacencia se registró a la pareja de esta, quedando fuera del registro el padre de intención que resulta ser el que tiene el vínculo biológico que debería dar cabida al registro.

La decisión de la Corte, se orienta a que debería mantenerse la condición adoptiva de los padres de intención conforme lo resolvió la primera instancia, con el fin de garantizar los derechos que le corresponden a la menor nacida mediante esta técnica de maternidad subrogada. Lo cual sirve de apoyo a este tema de investigación en tanto que las condiciones en las que se presenta esta figura de subrogación, muestran una realidad que precisa de ser regulada a fin de no poner en riesgo los intereses de los menores que nazcan mediante esta modalidad científica de procreación.

3.8. Percepción de la Maternidad Subrogada en el Derecho Comparado

La postura sobre la maternidad subrogada que se pretende adoptar en esta investigación obedece a la necesidad de satisfacer el derecho al libre desarrollo de la personalidad trasladado a los intereses que corresponden a la familia, puesto que así se describe el vínculo existente entre su protección y la facultad de procrear como parte esencial de las funciones sociales del grupo familiar. Entonces debe entenderse una posición positiva sobre la ejecución de actos subrogantes sobre la maternidad permisibles ante ciertas circunstancias de imposibilidad ante el ejercicio procreacional; siendo así debe considerarse los modelos existentes en otras regulaciones que adoptan esta figura bajo la posibilidad jurídica que conllevaría a la comprensión de su finalidad como objeto de un contrato.

En primer lugar, se ha considerado a Grecia como país que forma parte de la Unión Europea en que si es posible actos vinculados con la maternidad subrogada, que precisamente pone como característica el ser un acto altruista, ello se refleja en su legislación puesto que se ocupa de controlar la actividad médica que apoya este tipo de técnicas destinadas a solventar las falencias en la capacidad reproductiva de los seres humanos. Entre los requisitos planteados se precisa que los padres de intención tengan la nacionalidad oficial o adquirida temporalmente en este país, dejando en claro que no podrán acceder a esta modalidad parejas del mismo sexo o sujetos solteros varones.

Es importante indicar otra condición referida a la edad límite que se plantea con el máximo de cincuenta años para la madre que gestará y que los gametos que

den origen al nuevo ser no sean de esta mujer, limita además la posibilidad de contraprestación que no correspondan al gasto vinculado con la propia gestación. Como parte de la estructura legislativa de la acción subrogante se indica que debe realizarse la supervisión jurídica mediante un Tribunal, ante el que se presentará entre otros elementos, lo que representa la voluntad de acción sobre este tipo de gestación subrogada, esto es un contrato especial, trámite que deriva en una decisión en la que se autoriza este tipo de gestación y determina el carácter filiatorio, lo cual representa una acción predeterminada del resultado de este tipo de actos, esto se supone prevén casos conflictivos como los que estarían dando en países donde existe este tipo de contemplación jurídica. Debe acotarse que el incumplimiento de estas exigencias conlleva a la aplicación de una multa e incluso la prisión de hasta por 2 años (Olmos, 2022).

En el caso de Portugal, se encuentra en un proceso de adaptación de la regla hacia las condiciones específicas que debería contemplar la maternidad subrogada, tal es así que las propuestas asumen condiciones que no favorecen a la madre subrogante, toda vez que se indica vulneración de sus derechos, es así que se han establecido condiciones previas para acceder a este tipo de tratamiento clínico, lo cual se orienta hacia el tipo de parejas que pueden realizarla, así solo podrán ser parejas heterosexuales y en el campo de vínculos del mismo sexo tendrán posibilidad de realizarlo las parejas de mujeres.

La característica de altruismo también se encuentra presente en este tipo de acuerdo, dejando en claro la prohibición de que este tipo de actos generen

contraprestaciones, incluso limita la posibilidad de donaciones, sobre el aspecto de los gametos que intervienen no deben estar vinculados con la mujer subrogante. Una condición especial es la que presenta como posibilidad de que durante un periodo específico después del parto la mujer gestante pueda cambiar su posición sobre el acuerdo voluntario de la gestación, lo cual implicaría asumir la condición de madre o adquirir el vínculo filiatorio. En este país se ha creado un organismo especializado al cual se debe acudir como sujetos del contrato para acceder a la autorización, la misma que puede tardar hasta sesenta días (Olmos, 2022).

También se ha considerado la posición de Canadá en donde se presenta la permisibilidad de este tipo de contrato que subroga la maternidad sin restricción alguna respecto al tipo de familia constituida para acceder a este técnica, la cual se da bajo condiciones altruistas y que imponen un límite dinerario para la cobertura de los gastos que no debe superar los veinte mil dólares canadienses, considerando además que al ser un tema adoptado por la salud pública estos gastos sobre el tratamiento corren por cuenta del Estado, indicando que el tema filiatorio se establece a través de un proceso judicial para facilitar el registro correspondiente. Además, existe limitación sobre el ejercicio de esta actividad bajo la temática comercial que deba ser publicitada, acción prohibida por la regla (Olmos, 2022).

Es un caso especial el de Reino Unido, puesto que la atención legislativa que proveen este tipo de actos subrogantes de la maternidad data de hace más de treinta años, la principal característica que la diferencia con las anteriores es que la condición filiatoria entre la madre subrogante y el menor producto de la gestación

se mantiene por una cuestión jurídica, filiación que deberá ser reclamada de manera posterior al nacimiento por los padres de intención. Esto implica que el contrato no deba tener características de tipo comercial (Olmos, 2022).

Es un caso reciente es el de Cuba que en su Código de familias expresa la intención de proteger las características de dignidad humana que han de contemplar este tipo de contratación, la misma que no debe albergar la posibilidad del sentido comercial, con el fin de generar satisfacción de condiciones deficientes en el campo de la reproducción humana, bajo tal tendencia establece la superación de las condiciones filiatorias para cederla ante la existencia de este tipo de acuerdos a fin de que los padres de intención puedan solventar la deficiencia antes indicada. Si bien es cierto que se trataría de una acción que limita la compensación dineraria por el acto de gestación, los gastos que implica ello deben ser solventados, para lo cual regula una condición similar a la compensación laboral existente respecto a las madres gestantes. Además de esta condición indica la exigencia de asistir con una pensión mensual como apoyo que se calcula de acuerdo a su salario estableciéndose por el monto equitativo al sesenta por ciento, todo esto debe ser contemplado en un documento judicial que autorice el acto (Borges, Sánchez, & Gonzales, 2022).

Capítulo IV

Análisis y resultados

4.1. Unidad de análisis de la investigación

Para comprender la unidad de análisis de la investigación se ha considerado la determinación de los elementos que serán susceptibles de observación, que para el caso de esta tesis se tuvo como posibilidad la revisión del nivel de comprensión sobre el tema de parte de los operadores jurídicos, lo cual se delimita en dos fases una general que sería la población y otra más específica que es la muestra, siendo esta última la que detalla el campo de evaluación de manera más concreta.

Población

Según lo que se ha comprendido de la metodología, la población sería el conjunto de elementos sobre los cuales se ha enfocado el análisis de una determinada situación, la cual es común para dichos elementos integrantes de la misma, en tal sentido para esta investigación se ha comprendido una población respecto a los operadores jurídicos en el ámbito del derecho de Familia, compuesta por Jueces, Abogados y Fiscales del distrito Judicial de Lambayeque.

Muestra

Sobre la determinación de los elementos que configuran la población de esta tesis, se ha considerado hacer uso de la regla estadística de la conveniencia del

investigador, la misma que permite establecer el margen de evaluación mediante una cantidad aproximada, que se determina en razón de la capacidad del investigador para aplicar el instrumento, es así que se indica como muestra en función al criterio que adoptan los expertos en el tema se tomará la opinión de los operadores jurídicos del distrito judicial de Lambayeque, la cual se determina de manera específica mediante la cantidad de cincuenta individuos que estará compuesta al azar por Fiscales, Jueces, Abogados y especialistas del Distrito Judicial de Lambayeque.

Se aplicó además una entrevista a dos Fiscales en la especialidad de Familia para reconocer la viabilidad del establecimiento contractual para el ejercicio de la maternidad subrogada en función al objeto de capacidad reproductiva de la madre.

4.2 Resultado del análisis de entrevistas a expertos

Como parte del desarrollo de la unidad de análisis se ha recurrido a la técnica de entrevista que se ha realizado sobre dos fiscales los mismos que han sido seleccionados en razón de su vínculo con el área civil y familia lo cual se relaciona directamente con el tema de estudio, que abarca la comprensión del ámbito de los contratos con relación a la protección familiar. La determinación de la cantidad de Fiscales que desempeñan funciones en el distrito Fiscal de Lambayeque, que llega a un total de 6 funcionarios de la especialidad, por lo que el tercio que representa la muestra también fue determinado por disponibilidad de los tiempos de estos magistrados. En tal sentido se plasman las respuestas a cada una de las interrogantes planteadas para luego establecer el criterio común que se ha encontrado.

4.2.1. Entrevista 1

Nombre: Luis Manuel Liza Castillo.

Institución: Ministerio Público – Fiscalía Provincial Civil y Familia de Chiclayo

Cargo: Fiscal Adjunto Provincial.

Cuestionario

- 1. ¿Considera usted que existe vulneración del derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, por la aplicación del artículo 7 de la Ley General de Salud?**

Considero que no existe vulneración al derecho a decidir de la familia, ya que el artículo siete de la Ley General de Salud, sí regula como derecho el uso de las técnicas de reproducción humana asistida. A pesar de que en ella se descarta la gestación subrogada, si establece otras posibilidades como el derecho de las personas a recurrir al tratamiento de su infertilidad.

- 2. ¿Está de acuerdo con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida? Especifique.**

Si estoy de acuerdo en la aplicación de dichas técnicas, ya que estas surgen como una especie de ayuda para aquellas personas que por motivos de salud no pueden procrear y mientras la finalidad sea esta y no otras comerciales, no existe mayor motivo para establecer una controversia al respecto.

3. ¿Cree usted que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada estaría generando descontrol y vulneración de derechos por su ejecución clandestina?

Como todas las prácticas prohibidas o no reguladas legamente, se genera una incertidumbre jurídica y social, pues las personas se ven en la labor de buscar cualquier forma o mecanismo para lograr su cometido, que es ser padres en este caso, pero no teniendo en cuenta los peligros a los cuales pueden someterse.

4. ¿Qué opinión le merece la postura de regulación del contrato de maternidad subrogada?

Considero que al regular la maternidad subrogada como si fuera un contrato, se perdería la verdadera naturaleza de esta figura, que no es otra sino el hecho de que una mujer pueda gestar en lugar de aquella que no puede hacerlo por motivos justificados de salud. Con lo cual, la maternidad subrogada debe ser producto de un acuerdo, libre, voluntario y solidario entre los progenitores y aquella mujer gestante.



Luis Manuel Liza Castillo
Fiscal Adjunto Provincial Titular
Fiscalía Provincial Civil y Familiar de Chiclayo

Entrevistado (Firma y Sello)

4.2.2. Entrevista 2

Nombre: Elvis Mayer Castillo Méndez

Institución: Ministerio Público – Fiscalía Provincial Mixta Corporativa de
La Victoria

Cargo: Fiscal Adjunto Provincial.

Cuestionario

- 1. ¿Considera usted que existe vulneración del derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, por la aplicación del artículo 7 de la Ley General de Salud?**

No; dado que no existe ningún medio de coacción, ni vicio de la voluntad de por medio.

- 2. ¿Está de acuerdo con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida? Especifique.**

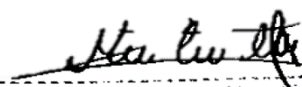
Claro, dado que, a través de dicha técnica, se permite a aquellas personas que no pueden procrear poder formar una familia; existiendo de por medio un acuerdo de voluntades entre dos personas de manera libre y sin ningún tipo de coacción.

3. **¿Cree usted que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada estaría generando descontrol y vulneración de derechos por su ejecución clandestina?**

Claro, la clandestinidad puede llevar a distorsionar los fines de la maternidad subrogada; dado que se utiliza dicha técnica ya con fines comerciales o de tráfico, lo cual lo aleja de su fin teleológico.

4. **¿Qué opinión le merece la postura de regulación del contrato de maternidad subrogada?**

Sería una medida adecuada para hacer frente a la clandestinidad.



Elvis Alexander Casallo Méndez
Fiscalía Provincial
Fiscalía Provincial de la Victoria
Distrito Fiscal de Lambayeque

Entrevistado (Firma y Sello)

OBSERVACIÓN:

Respecto a la interrogante ¿Considera usted que existe vulneración del derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, por la aplicación del artículo 7 de la Ley General de Salud? Se aprecia una postura en común al mencionar ambos entrevistados que no sería posible reconocer un efecto de vulneración de derechos con la aplicación de esta última regla. Resulta interesante el fundamento de sus posturas, en tanto que el primero indica que no se vulnera el derecho para decidir de la familia en tanto que la ley bajo crítica establece ya una regulación sobre las TERAS e indica una restricción sobre la maternidad subrogada, por lo que existe libertad para decidir por cualquiera de las otras opciones.

Sobre esta postura se puede indicar que la condición regulatoria no se presenta de una manera puntual o definida, que si bien se trata de una libertad para acceder a cualquier técnica de reproducción humana asistida, esta sería de un contenido abstracto, lo cual sin duda trae dificultades al momento de realizar dichos actos médicos, sobre todo en tanto que el resultado que es un nuevo individuo se enfrentará a la problemática de la ausencia de regulación filiatoria especial.

Así se tiene también la respuesta del segundo fiscal entrevistado, que no está de acuerdo sobre la vulneración del derecho a decidir en razón de la aplicación del artículo siete de la Ley General de Salud, cuyo fundamento se interpreta en tanto que no existiría vulneración de tal derecho puesto que la regla no representa

coacción ni menos existe vicio de voluntad generado por la intervención de la regla en cuestión.

Sobre lo señalado, cabe indicar una postura puntual que sostiene la existencia de un efecto de vulneración del derecho a decidir, en tanto que se produce una restricción que pese a estar legitimada por la regla en cuestión, limita la posibilidad de acceder a este tipo de técnicas, no solo por la prohibición respecto a la maternidad subrogada sino además por la falta de especificación y como es sabido carencia de regulación puntual sobre cada una de las técnicas y sus condiciones, que debería corresponder a una regulación especial; esta percepción limitante es lo que se aprecia como vulneración.

Respecto a la segunda interrogante: ¿Está de acuerdo con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida? Especifique. Es posible identificar una postura común coincidente en que resulta viable la opción de técnicas de reproducción humana asistida, ello en tanto que permite solucionar la problemática de salud reproductiva, con lo cual se está de acuerdo.

Respecto a la interrogante: ¿Cree usted que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada estaría generando descontrol y vulneración de derechos por su ejecución clandestina? Se verifica nuevamente un postulado común por parte de los Fiscales entrevistados, en tanto que se orientan a la incertidumbre jurídica e inestabilidad originada por la condición clandestina en que se producen estas

técnicas, por lo que se entiende respaldan la posición de que tal actividad debe ser atendida por un marco normativo especial.

Respecto a la interrogante: ¿Qué opinión le merece la postura de regulación del contrato de maternidad subrogada? Se aprecia un resultado de opiniones divididas, en primer lugar, se tiene la postura de que no sería apropiada la regulación como contrato para la maternidad subrogada, sugiriendo más bien que para evitar la distorsión de su naturaleza jurídica pueda establecerse un acuerdo libre. Sobre ello es necesario indicar que precisamente ese acuerdo libre es lo que representaría la ejecución de estas actividades sin mayor control, cuando precisamente la problemática sobre este tema, se ha desarrollado en razón de la ausencia de límites.

Entre tanto, la respuesta del otro Fiscal entrevistado se inclina hacia una justificación basada en la necesidad de evitar las acciones clandestinas destinadas a practicar este tipo de técnica, lo cual sirve de base para el planteamiento de esta tesis.

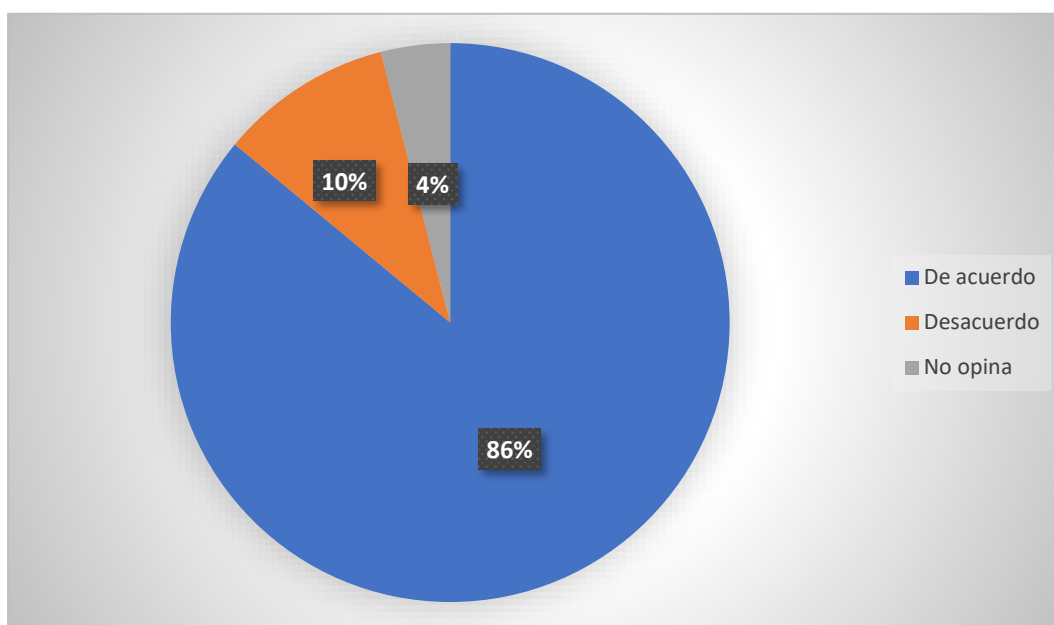
En suma, es posible mostrar como resultado de esta evaluación, que el nivel de opinión es casi similar en razón de la función y crítica sobre la ausencia regulatoria, con algunas variaciones que muestran una tendencia partida respecto a la posibilidad de generar un marco normativo que contemple a la maternidad subrogada como un contrato especial.

4.3. Resultado del análisis de opinión de operadores jurídicos

Tabla 1: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, se enfoca en razón de la paternidad responsable, que se asume en virtud de las capacidades respecto a la paternidad y maternidad, con todos los factores que ello incluye.

ALTERNATIVA	RESPUESTAS
a. De acuerdo	43
b. En desacuerdo	05
c. No opina	02
Total	50

Ilustración 1: Gráfico porcentual de la tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, se enfoca en razón de la paternidad responsable, que se asume en virtud de las capacidades respecto a la paternidad y maternidad, con todos los factores que ello incluye.



OBSERVACIÓN:

La marcación porcentual que se aprecia hasta un nivel del 86% de encuestados que optaron por estar de acuerdo con la afirmación de que: El derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, se enfoca en razón de la paternidad responsable, que se asume en virtud de las capacidades respecto a la paternidad y maternidad, con todos los factores que ello incluye; bien puede haberse orientado en razón de que el contenido descrito se muestra como una regla establecida a nivel constitucional, por lo mismo que la apreciación pudiera estar influenciada de acuerdo a la jerarquía de las normas.

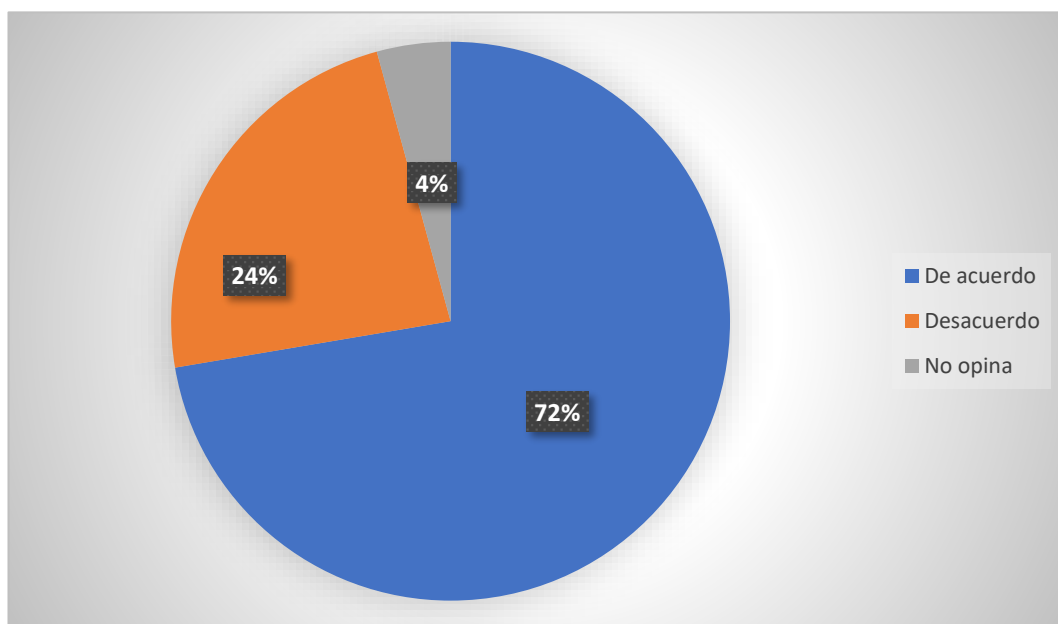
También es posible señalar que tal respuesta mayoritaria a favor de la protección constitucional del derecho a decidir, se haya validado en función a la descripción del concepto, puesto que la indicación de los factores que incorpora la paternidad y maternidad como base de este contenido normativo, conllevaría a la justificación de establecer la potestad de parte de la familia en conjunto o las personas que la componen de manera individual.

De todos modos, la percepción de los encuestados se verifica orientada a favor de la protección familiar, en tanto que se pretende establecer un vínculo con la correcta ejecución del derecho a ser padres, puesto que ello se percibe en función a la maternidad y paternidad que son conceptos tomados por la política pública de poblaciones a fin de establecer un orden de control, lo cual implica el equilibrio social. Siendo esto así, lo último se refiere precisamente al equilibrio en función a la igualdad de oportunidades que se ha de brindar a los ciudadanos, en función a sus necesidades, que para este caso están vinculadas con la procreación.

Tabla 2: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud controla la actividad de reproducción humana asistida en función a la condición de la madre, lo cual altera un aspecto del derecho a decidir de la familia respecto a la capacidad de reproducción vinculada con la paternidad y maternidad.

ALTERNATIVA	RESPUESTAS
a. De acuerdo	34
b. En desacuerdo	11
c. No opina	05
Total	50

Ilustración 2: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud controla la actividad de reproducción humana asistida en función a la condición de la madre, lo cual altera un aspecto del derecho a decidir de la familia respecto a la capacidad de reproducción vinculada con la paternidad y maternidad.



OBSERVACIÓN:

El sentido de apreciación de los encuestados se muestra en función al 72% que alcanza la postura a favor de la afirmación: El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud controla la actividad de reproducción humana asistida en función a la condición de la madre, lo cual altera un aspecto del derecho a decidir de la familia respecto a la capacidad de reproducción vinculada con la paternidad y maternidad; resultado que se aprecia como mayoritario.

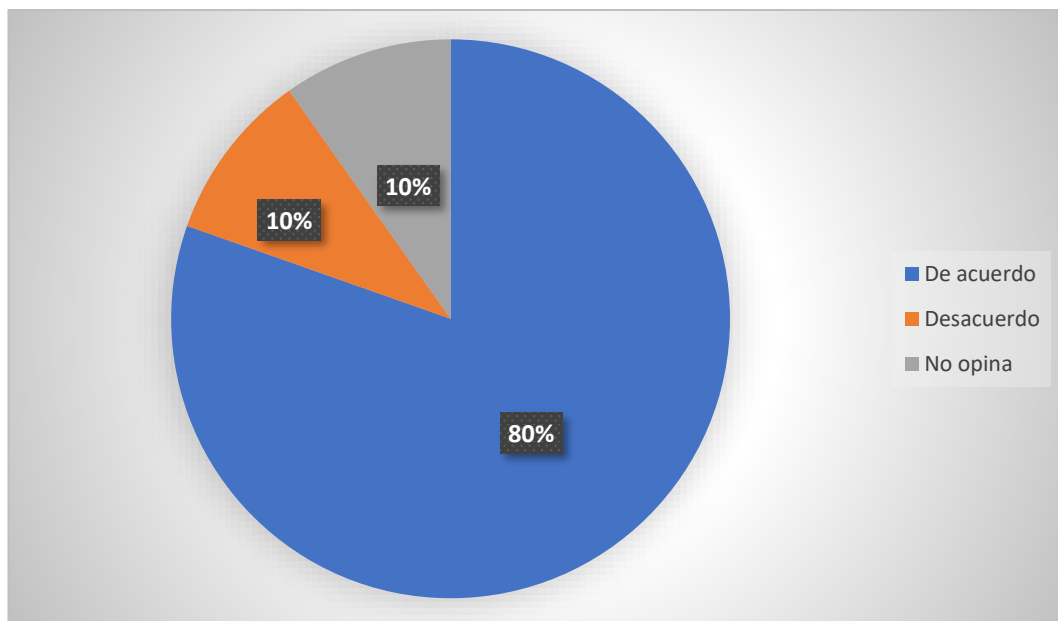
Esta tendencia se desprende de la postura que adoptaron en la primera afirmación, respecto al vínculo entre la garantía del derecho a decidir y la condición de madre alterada por la regla de La Ley General de Salud que la restringe en el

artículo 7; existe entonces, una posición de respaldo de parte de la sociedad misma, en tanto que se procura alcanzar una garantía adecuada respecto a la posibilidad de solucionar el problema de la infertilidad. Siendo así, esta postura se orienta hacia una modificación del artículo criticado, dado que se presume en tanto regulación específica, debe estar sistemáticamente conectada con la normativa constitucional.

Tabla 3: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Al advertir un conflicto entre la normativa constitucional y su desarrollo legislativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se precisa de regular normativamente las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer el derecho constitucional de la familia a decidir sobre su condición de paternidad y maternidad.

ALTERNATIVA	RESPUESTAS
a. De acuerdo	41
b. En desacuerdo	05
c. No opina	04
Total	50

Ilustración 3: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Al advertir un conflicto entre la normativa constitucional y su desarrollo legislativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se precisa de regular normativamente las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer el derecho constitucional de la familia a decidir sobre su condición de paternidad y maternidad.



OBSERVACIÓN:

El resultado que muestra un 80% de apoyo a la afirmación que señala: Al advertir un conflicto entre la normativa constitucional y su desarrollo legislativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se precisa de regular normativamente las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer el derecho constitucional de la familia a decidir sobre su condición de paternidad y maternidad; lo cual puede señalarse como un resultado de la necesidad social advertida por los encuestados.

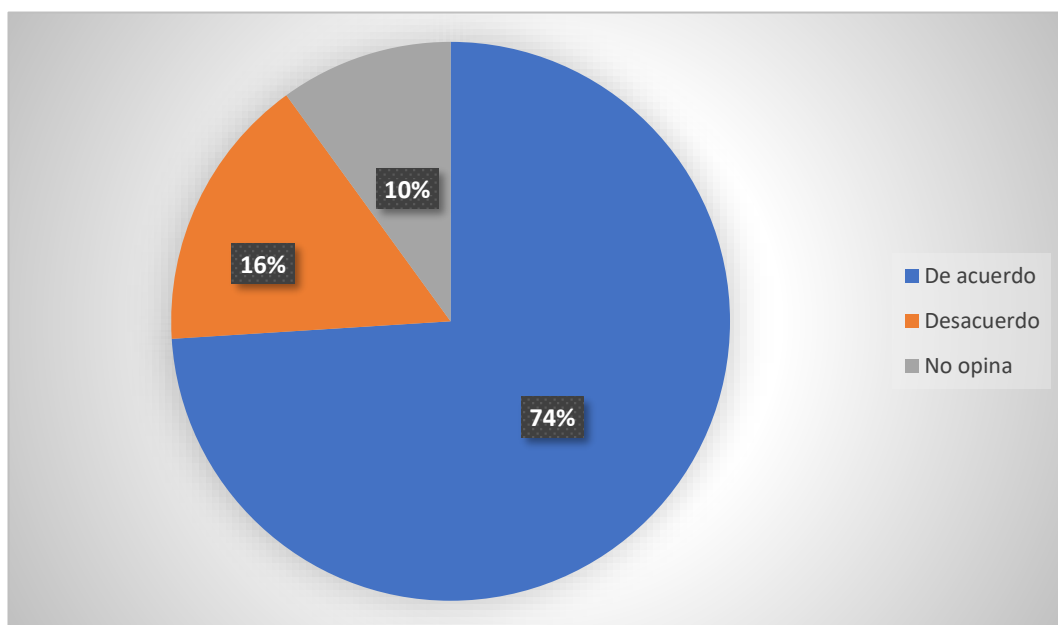
Debe entenderse que las reglas desarrolladas en función del marco constitucional, siempre tendrán como rigor cumplir un efecto de satisfacción de necesidades en virtud de las garantías ya establecidas en la Carta Magna; esta situación no siempre alcanza un nivel óptimo, lo cual se aprecia en el caso plasmado respecto a la normativa de salud; es así que las condiciones en las que se presentan para su aplicación en la realidad, dependen de la percepción objetiva de la regla al momento de ser aplicada.

Los encuestados que proyectan el resultado a favor de la afirmación, se orientan hacia una percepción de la necesidad social, entendiendo que esta origina la acción estatal para asegurar el cumplimiento del control social, para lo cual se basa de diversas herramientas; puede interpretarse esta tendencia como la apreciación de los sujetos respecto al cambio de las reglas necesarias a fin de satisfacer el requerimiento de un sector importante de la población.

Tabla 4: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La maternidad subrogada es un acuerdo que permite satisfacer la necesidad de paternidad o maternidad de ciertos sujetos sometidos a técnicas reproducción asistida que consolida su derecho constitucional a decidir como familia.

ALTERNATIVA	RESPUESTAS
a. De acuerdo	37
b. En desacuerdo	08
c. No opina	05
Total	50

Ilustración 4: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La maternidad subrogada es un acuerdo que permite satisfacer la necesidad de paternidad o maternidad de ciertos sujetos sometidos a técnicas reproducción asistida que consolida su derecho constitucional a decidir como familia.



OBSERVACIÓN:

El 74% que se ha obtenido como resultado de la encuesta respecto a la afirmación: La maternidad subrogada es un acuerdo que permite satisfacer la necesidad de paternidad o maternidad de ciertos sujetos sometidos a técnicas reproducción asistida que consolida su derecho constitucional a decidir como familia; se advierte en función a dos posibilidades de percepción sobre el concepto de la maternidad subrogada.

Es una primera posibilidad el hecho de que la muestra de encuestados no haya tenido el conocimiento suficiente para asumir una postura ética o moral que

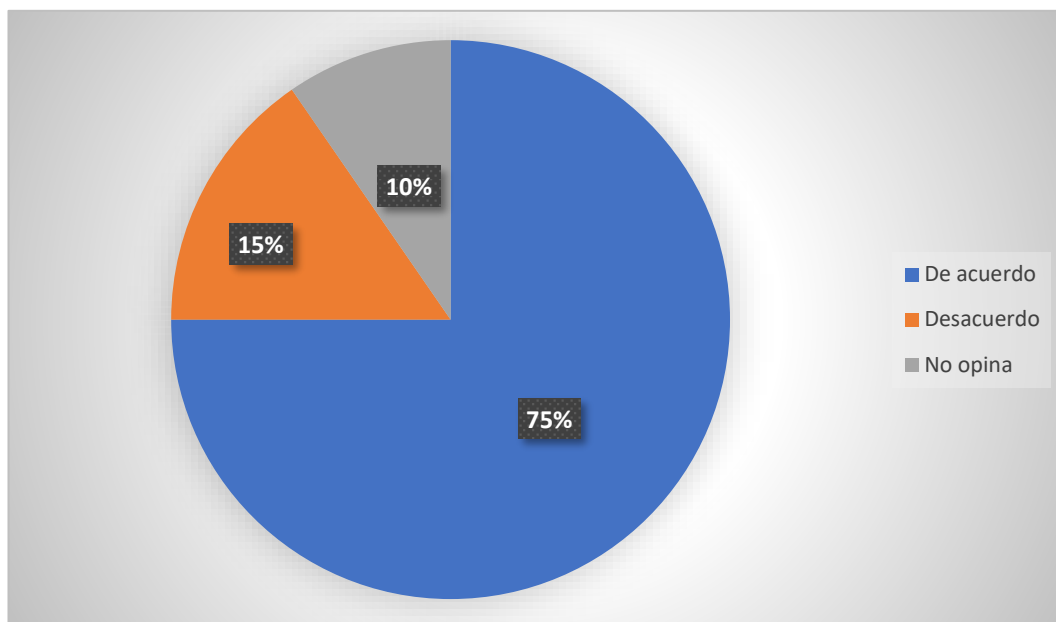
estuviera en contra de la maternidad subrogada como un avance en la tecnología genética; lo cual se relacionaría con otro aspecto que será el desfase de esta postura crítica que hace la ética y la moral sobre la maternidad subrogada.

Otra de las opciones que pudieran estar manejando los encuestados, es que pese al conocimiento de la tendencia ética moral sobre el concepto de la maternidad subrogada, hubieran tomado la decisión de apoyar esta postura dada su apreciación ponderativa sobre las necesidades de maternidad o paternidad existentes en la realidad social. Esto último sería lo que propicia un ámbito de razonamiento colectivo que ante una eventual regulación de las TERAS tendría un efecto de aceptación en la ciudadanía.

Tabla 5: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La ausencia de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada, se constituye como una falta de control jurídico lo cual está provocando que su ejecución clandestina tenga como resultado, en algunos casos, vulneración de derechos por falta de límites en el ejercicio de dicha técnica de reproducción.

ALTERNATIVA	RESPUESTAS
a. De acuerdo	39
b. En desacuerdo	08
c. No opina	03
Total	50

Ilustración 5: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: La ausencia de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada, se constituye como una falta de control jurídico lo cual está provocando que su ejecución clandestina tenga como resultado, en algunos casos, vulneración de derechos por falta de límites en el ejercicio de dicha técnica de reproducción.



OBSERVACIÓN:

Según se ha podido plasmar porcentualmente existe un nivel de 75% entre los encuestados que están a favor de la postura: La ausencia de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada, se constituye como una falta de control jurídico lo cual está provocando que su ejecución clandestina tenga como resultado, en algunos casos, vulneración de derechos por falta de límites en el ejercicio de dicha técnica de reproducción; lo cual se entiende orientado en función a la tendencia de control mostrada como actividad del Estado.

Esta actividad de control que se identifica como una de las principales funciones del Estado, para el caso de la maternidad subrogada y de todas las TERAS

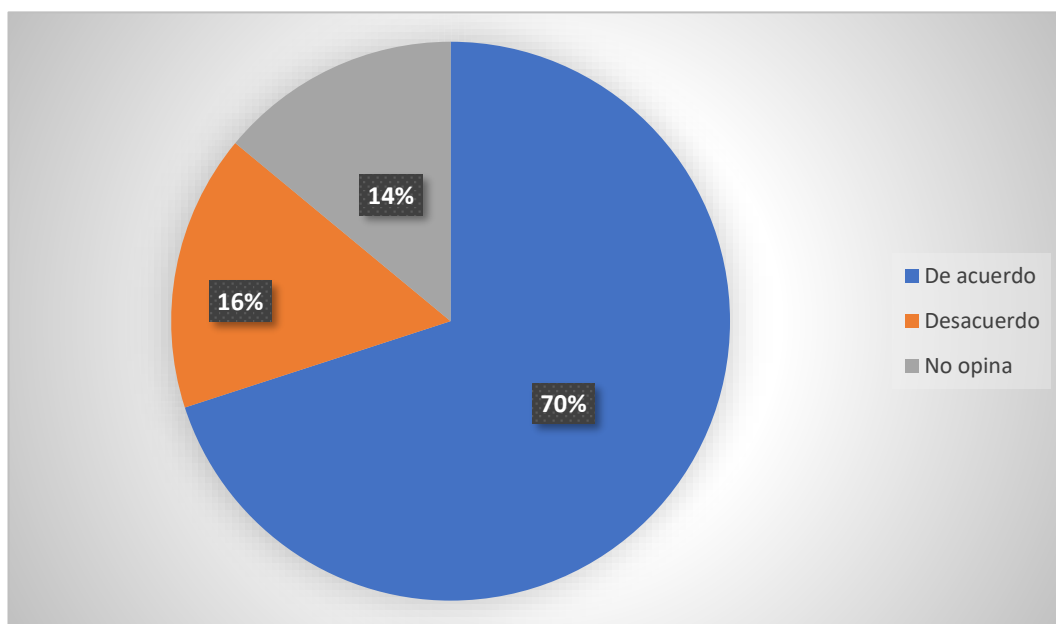
en general, se percibe como nula; ello en tanto que la ausencia de regulación para este tipo de actividad científica, conlleva a su realización en un estrato oculto que genera ilicitud, característica que sin duda alguna no percibe el alcance de la acción estatal.

La manifestación de necesidades, parte incluso desde la obligación del Estado para garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales, lo que únicamente puede lograrse con la correcta regulación de las situaciones o figuras jurídicas que van implementándose en la sociedad; implementándose con dicha ausencia las posibilidades de vulneración sobre los derechos de quienes participan en la actividad de las TERAS, precisándose por ello la urgente necesidad de realizar cambios en las políticas públicas existentes.

Tabla 6: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Se considera apropiada la regulación de la maternidad subrogada mediante un contrato especial que establezca pautas limitantes para su ejercicio, solo de esta manera se logrará evitar la vulneración de derechos y efectos negativos como la comercialización clandestina de estos acuerdos.

ALTERNATIVA	RESPUESTAS
a. De acuerdo	35
b. En desacuerdo	08
c. No opina	07
Total	50

Ilustración 6: Cuadro de tabulación del resultado al aplicar la encuesta respecto a la afirmación: Se considera apropiada la regulación de la maternidad subrogada mediante un contrato especial que establezca pautas limitantes para su ejercicio, solo de esta manera se logrará evitar la vulneración de derechos y efectos negativos como la comercialización clandestina de estos acuerdos.



OBSERVACIÓN:

La apreciación positiva que alcanza el 70% de los participantes en la encuesta que presenta como afirmación: Se considera apropiada la regulación de la maternidad subrogada mediante un contrato especial que establezca pautas limitantes para su ejercicio, solo de esta manera se logrará evitar la vulneración de derechos y efectos negativos como la comercialización clandestina de estos acuerdos; se entiende alcanza este nivel de apoyo, en tanto que existe en la colectividad un nivel de comprensión abierto a la posibilidad de establecer control mediante la regulación de este tipo de contratos especiales.

El acuerdo que conlleva a la maternidad subrogada precisa de apuntalar límites y pautas que direccionen su ejercicio, a fin de evitar la vulneración de derechos y la ilicitud de sus fines o consecuencias; para tal fin es importante considerar la postura de que se trata de un acto jurídico que hace falta establecer como contrato. Tal figura permitirá establecer reglas exactas para el adecuado control del Estado en función a la protección de los derechos de las familias que participan en esta actividad, asegurando así la garantía de su derecho a decidir, pero que esta decisión sea sobre algo que brinde un ámbito de protección legal.

Capítulo V

La contrastación de la hipótesis

Según el diseño de contrastación de la hipótesis planteado desde el proyecto que permitió desarrollar esta tesis, se consideró investigar el problema advertido en la realidad en función al enfoque cualitativo que proporcionaron las variables, es así que se delimitaron las metas de este trabajo y sobre ellas se plantearon elementos tanto teóricos, así como de la realidad que fueron recopilados mediante el uso de las técnicas correspondientes.

Sobre esta recopilación es que se plantea una discusión ordenada respecto a cada una de las metas, es decir se discute categóricamente cada una de las posturas adoptadas en la doctrina e investigación actuales a fin de adoptar la postura exacta de parte del investigador, la cual ha permitido establecer razonamientos lógicos que sintetizados llevaron a la determinación de la validez de cada una de las variables iniciales, este ejercicio dio como resultado nuevas variables ya validadas cuya unión ha permitido centrar la determinación de la investigación. Sobre esta nueva postura general de la tesis se plantearon las conclusiones y recomendaciones que guardan relación directa con lo señalado inicialmente como posibilidad jurídica, es decir la consideración de la maternidad subrogada como un contrato.

5.1. Discusión de los resultados

La incorporación de los contenidos se ha desarrollado en base a la observación de la doctrina jurídica que circunda a la protección de la familia como parte de las políticas públicas, así como en la observación de la realidad que se verifica mediante la opinión de los expertos en materia familiar; sobre estos resultados se ha generado un marco crítico que discute respecto a cada uno de los objetivos específicos que proyectan luego una toma de postura.

5.1.1. Discusión del objetivo específico: “Observar el ámbito de protección del derecho a decidir de la familia para reconocer tal garantía frente al ejercicio del artículo 7 de la ley general de salud”

Discusión de antecedentes:

Encinas (2019) - ¿Si el supuesto que ampararía la percepción de la maternidad como un contrato bajo lo que se entiende como exigencia del acto jurídico, hace inconstitucional a la regla contenida en el séptimo numeral de la Ley General de Salud en tanto que limita la garantía que permite a la familia decidir sobre su paternidad o maternidad?

De acuerdo a lo señalado por la investigadora Encinas, existen condiciones jurídicas válidas para contemplar a la maternidad subrogada bajo el perfil de requisitos que comprende al acto jurídico, en tanto que cumple con las condiciones de validez exigidas por el mismo, lo cual sirve de base para orientar dicho resultado

hacia un examen de tipo constitucional que pesa sobre el contenido regulador del artículo séptimo de la Ley General de Salud. Esta evaluación se constituye como el aporte de esta investigación, dado que el hecho de observar la jerarquía normativa de la mencionada ley, invita a realizar el análisis de cumplimiento respecto de las garantías que operan en el ordenamiento constitucional.

Tal evaluación normativa constitucional, tiene como resultado lógico, un nivel de insatisfacción de las garantías que otorga el artículo sexto de la Carta Magna, ello en tanto que no permite el correcto desarrollo del derecho contemplado sobre la realización familiar, cuya prevalencia se opone a otras instituciones, en tanto que le corresponde la categoría de núcleo de la sociedad. El hecho de que se restrinja esta posibilidad de satisfacción de los intereses familiares, se constituye en una vulneración de la normativa constitucional que opera en un rango superior al de la Ley General de Salud.

La ausencia de esta contemplación involucra una característica que la convierte en regla inconstitucional y por ende se precisa de su expulsión del ordenamiento jurídico como sanción máxima establecida por el Tribunal Constitucional, o como otra posibilidad, siguiendo el nivel inmediato inferior, el acondicionamiento de dicha regla a fin de evitar la vulneración advertida del análisis para evitar la restricción del derecho constitucional. Estos dos niveles de sanción normativa ante la inconstitucionalidad, se sugieren en tanto que el primero y más simple de ello sugiere la interpretación para prevenir la afectación de

derechos, lo cual no tendría cabida ya que se trata de una determinación puntual sobre el carácter que opera sobre la condición de madre.

Delgado (2019) – La manifestación de la voluntad que supone un acuerdo en el campo de la subrogación de la maternidad se puede presumir como un tipo de acción que contraviene lo dispuesto en el artículo V del título preliminar del código civil, siendo estos el orden público y las buenas costumbres.

La evaluación que desarrolló Delgado, se presenta como una postura contraria a esta tesis, dado que pese a tener como primer resultado el cumplimiento de algunos requisitos del acto jurídico por parte de la acción de maternidad subrogada, indica que no se alcanza dicha validez en tanto que incumple la exigencia del artículo quinto de las reglas preliminares del ordenamiento sustantivo civil. Dichas pautas principistas del ordenamiento jurídico civil, involucra en primer lugar al orden público, lo cual no se aprecia como un factor de contravención por parte de la maternidad subrogada, en tanto que solamente se puede contravenir dicho orden si es que la propia estructura jurídica lo regula como prohibición.

Lo último señalado respecto a la prohibición contemplada en la regla como requisito para contravenir el orden público, exige de que sea una indicación taxativa, lo cual no existe en la realidad del ordenamiento jurídico, pese a ello, existe una posición que plantea al artículo séptimo de La Ley General de Salud como la regla prohibitiva sobre la maternidad subrogada, lo cual se contradice en tanto

que la descripción literal no implica la subrogación de la maternidad, dado que teóricamente existe la postura que no admite a dicha práctica como una técnica de reproducción asistida.

Además de lo que señala Delgado respecto al orden público, también aduce alteración de otro requisito preliminar del ordenamiento jurídico civil, esto es la afectación de las buenas costumbres, indicación que precisa de un análisis previo de las condiciones sociales y culturales del entorno en el que se produce el fenómeno jurídico, aspecto que no se verifica en la tesis citada. Esto implica una ausencia de fundamento, lo cual bien podría indicarse como resultado inadecuado, dado que la condición moral dependerá de los factores antes indicados, pero que no tendrán repercusión sobre las garantías constitucionales establecidas de manera específica. Vale decir, que la supuesta alteración a la moralidad que implica las buenas costumbres tendría que superar el rango de oposición que genera el derecho a la determinación que posee la familia según el ordenamiento constitucional.

Sin duda alguna esta postura que se encuentra bajo crítica, se basa en el concepto de la cosificación del cuerpo que una mujer determinada pone a disposición para que se geste el menor producto de la TERA por encargo de los padres de intención, pero ello más allá de la supuesta vulneración del orden público y las buenas costumbres, llega a constituirse en una justificación para que se regule adecuadamente este tipo de comportamientos sociales que se producen en el ejercicio de un derecho constitucional.

Otro de los factores que asume como elemento de vulneración es el hecho de considerar al menor, producto de la maternidad subrogada como un objeto de intercambio, lo cual no resulta ser del todo certero, dado que la condición sobre la que se maneja la maternidad subrogada es para que quienes tienen la intención de solucionar sus problemas de infertilidad accedan ante la capacidad que como mujer le asiste a alguien con el fin de gestar al ser que previamente se ha generado con la asistencia de la ciencia médica, mas no se vincula de manera directa con el nuevo ser. Desde luego que la observación de la realidad permite ver una principal discusión sobre el vínculo biológico del producto de esta gestación, que es el menor, pero ello no implica la condición de comercialización del mismo.

Esto conlleva al razonamiento de que la situación planteada como posibilidad de comercialización de menores sería otra justificante que conlleve a la regulación adecuada de este tipo de acto jurídico, para que en función de un contrato se limite de manera puntual los aspectos que puede o debe alcanzar la celebración de esta maternidad subrogada. Mas bien esta última posibilidad sería aquello que solucione la protección integral del menor respecto al principio de interés superior del niño, que en la actualidad está siendo afectado precisamente por la falta de regulación específica.

Además de lo señalado conviene cuestionar si ¿No deberían regularse los acuerdos de la maternidad subrogada, a pesar de ser una manifestación de voluntad de los interesados?

Es importante considerar aquellas posibilidades en las que se constituye la estructura del derecho como regla, puesto que el origen de las reglas se remonta a un vínculo común que advierte la presencia de garantías para proteger los intereses de los ciudadanos. Parte de la construcción normativa que se refiere a los contratos entendidos como actos jurídicos, se orienta precisamente a la contemplación de los intereses manifestados a través de la voluntad de los sujetos.

En virtud a lo señalado, lo que se aprecia del ejercicio de la TERA que incorpora la participación de una tercera persona vinculada a la procreación de un nuevo ser, esto es la maternidad subrogada, es que existen voluntades que se manifiestan de manera directa. Esta indicación conlleva a la idea de que se trata de un negocio jurídico, que en tanto no se encuentra regulado de manera específica e incluso se advierten límites para su ejercicio, conviene establecer una línea de enlace respecto a la intención de procrear con el acuerdo tomado.

Entonces ello permitirá mostrar la existencia de intereses y voluntades en dinamismo, lo cual será la justificante para que el derecho deba ocuparse de su regulación normativa. La incorporación de este ejercicio médico, debe estar ceñida no solo a las condiciones ahora planteadas respecto a la voluntad, sino también a la necesidad y capacidad de los participantes respecto a la protección de sus intereses, más aún que la propia naturaleza de la TERA, implica la posterior consecuencia respecto del producto de dicho acuerdo que será un nuevo ser.

La ausencia de control o regulación frente a este cúmulo de circunstancias estaría generando desprotección de dichos intereses, trayendo como consecuencia alteración de los niveles de seguridad en que se desarrollan estas actividades médicas, puesto que la clandestinidad es la principal característica. Sin duda alguna la protección de estos intereses como fuente de la manifestación de voluntad requiere de todo un esquema normativo, lo cual es urgente en tanto que la procreación por este medio se ha tornado de bastante recurrencia por aquellas personas que no tienen la capacidad reproductiva necesaria para tener descendencia vulnerándose así ciertos derechos, que se entiende resulta ser el efecto de los actuales límites a dicho ejercicio médico.

En caso se pudiera alcanzar regulación de la maternidad subrogada ¿El objeto del contrato es la procreación, por lo que al tratarse de un ser humano podría señalarse como inconstitucional tal acto? Debe asumirse sobre estas acciones médicas destinadas a subrogar el vientre de una mujer con el fin de atender la gestación de un ser, requiere de la existencia del acuerdo, tal cual se ha dicho, está en función al carácter volitivo participante en este tipo de acto. Por ello es que su celebración termina afectando a cierta cantidad de personas o derechos específicos de cada sujeto que interviene.

Lo señalado está en relación con el carácter garantista que ostenta el sistema de justicia y la estructura jurídica que la respalda, supone para justificar la creación de figuras y elementos que dentro de la estructura orgánica del acto requiere de atención jurídica. Solo de este modo se estaría alcanzando una protección idónea

del ser, entendiéndolo como el producto final de esta discusión; siendo así la característica de inconstitucional, sale de toda posibilidad puesto que se están garantizando los intereses que la Constitución ampara.

Como se aprecia, la eventual contemplación a esta técnica que subroga el vientre de una mujer con el fin de que en su útero se produzca la gestación para asumir ello como un contrato, pues poseería características de constitucionalidad, lo cual se puede entender como una justificación tanto en el ámbito de protección sobre aquellas personas que no pueden materializar su derechos al desarrollo personal al tener negada la posibilidad de ser padres, además se debe tener en cuenta la asunción de características como una garantía de seguridad jurídica que se supone el Estado debe prever respecto a la mujer gestante, puesto que independientemente de su participación, se trata de un ser humano que requiere de atención normativa. Finalmente, la otra justificación derivada del ámbito de garantías constitucionales conllevaría a asegurar de manera más adecuada los derechos del producto de este tipo de acto.

Hinostroza (2020) - ¿Es necesario regular el contrato de maternidad subrogada en el Perú, debido al desfase del Código Civil? Como se trata de una postura destinada a la regulación de un acto que de manera puntual se encuentra prohibido por el propio ordenamiento jurídico, resulta complicado desarrollar una estructura sólida para la verdadera protección del acto. Entonces tal característica será lo que plantea un esquema de adecuación del derecho en función a los cambios sociales.

Esto último se justifica precisamente en la propia base del ordenamiento jurídico, que al ser una norma constitucional, opera sobre el resto de la estructura legislativa, esto es se rige en función a los principios que la inspiran; por lo mismo es que tales garantías deben ser trasladadas de manera directa hacia la necesidad social para satisfacer los intereses y propiciar el control social del Estado. Parte de este control implica brindar seguridad jurídica, la misma que si el derecho no se adecua de manera efectiva respecto a los avances de la humanidad, no podrá garantizar los intereses antes mencionados.

Esta característica se advierte como el desfase del Código Civil, debido a que se trata de una regla del siglo pasado, sin mayor contemplación de figuras que aparecen de manera progresiva en la sociedad en razón de los avances médicos para este caso. Lo concerniente a configuración de contratos o figuras especiales que se incluyen con el paso del tiempo se ha visto de manera disminuida, puesto que la evaluación de temas nuevos para ser regulados, resulta muy prolongada, como es el caso de la contratación electrónica que ha tenido como resultado una regulación especial.

Es así que para el tema de la maternidad subrogada e incluso para las TERAS, bien podría utilizarse la misma figura legislativa a fin de trasladar las garantías constitucionales antes señaladas para su contemplación en el ordenamiento jurídico. Desde luego esta acción tiene un fundamento teórico doctrinario que se basa en el carácter dinámico que debe adoptar el derecho a fin de que obtener un ordenamiento jurídico adecuado en el tiempo y espacio.

Albeiro y Camilo (2021) - Negocio jurídico y acto jurídico ¿Qué necesita en el ordenamiento peruano para regular la maternidad subrogada? En virtud del planteamiento de la investigación citada, se debe considerar la situación legislativa de otras naciones en las que existe un criterio que adopta respecto a la forma de contemplar la maternidad subrogada; desde luego esta perspectiva internacional está orientada por la propia tendencia de cada país, puesto que existen condiciones flexibilizadoras de la postura de control. Esto quiere decir que la tendencia de administración estatal que orienta la política pública tiene una característica liberal en aquellos países tomados como ejemplo, tal es el caso de España y Estados Unidos, en los cuales se advierte la permisibilidad para que la maternidad subrogada se ejecute.

Las condiciones culturales, éticas y morales, son las que de alguna manera restringen esta característica de flexibilización del control estatal a fin de atender las necesidades de procreación que se encuentran restringidas para cierto tipo de personas. Sin duda alguna estas condiciones son de mucha utilidad para el control idóneo de las actividades que se desarrollan en la sociedad, pero el tema de las TERAS se trata de una cuestión de necesidad social y personal, la misma que se ha de poner en un plano superior, atendiendo al carácter antropocéntrico de la constitución.

Según lo indicado, lo que el ordenamiento jurídico peruano requiere es precisamente esta condición de flexibilización del control estatal, para dar paso a la construcción legislativa que permita operar de manera regular a las TERAS, siendo

el interés particular enfocado en la maternidad subrogada. Esto último en función a las condiciones especiales en las que se viene ejecutando, esto es bajo características clandestinas, debido a la prohibición taxativa, la misma que lejos de establecer un control adecuado sobre la realidad, conlleva a la ejecución de acciones que terminan perjudicando a las partes intervinientes en razón de los conflictos que surgen de esta clandestinidad.

De acuerdo a los planteamientos de los trabajos previos que se han discutido, es posible indicar la urgente necesidad de establecer un parámetro legislativo a fin de generar mayor control sobre la actividad de las TERAS que pese a no estar reguladas se producen en la realidad, dadas las circunstancias que la caracterizan como una solución a la necesidad reproductiva de cierto tipo de sujetos. Además de ello es importante considerar la perspectiva teórica que circunda a este tipo de acciones científicas como es el caso de la maternidad subrogada.

Teniendo en cuenta que la protección de los intereses de las personas se encuentra diseñados en el ordenamiento constitucional, es necesario cuestionar estos derechos de la siguiente manera ¿Debido al principio de supremacía constitucional de los derechos fundamentales que efectos contienen y cómo se logra equilibrar el poder otorgado?

Según lo establecido en el ámbito normativo constitucional, el control que se ejerce sobre la actividad social se dimensiona en tres fases, para asegurar el

adecuado desarrollo social, las mismas que buscan controlar el poder; es así que, la particularidad de cada potestad o derecho atribuido a los seres humanos es que tenga un nivel de prelación sobre otros, esta es la condición de oponibilidad. Además de este efecto, se reconoce uno de tipo restrictivo, puesto que todos los derechos deberán tener tanto la libertad para su ejecución, así como los límites que permitan establecer el control sobre ese poder otorgado por el derecho, consiguiendo así el equilibrio normativo.

Para el caso de la protección de intereses particulares como es el contemplado en el artículo sexto del ordenamiento constitucional, opera también un límite a la actividad estatal, puesto que como se lee en dicha regla, se trata de la facultad otorgada al Estado para generar estrategias de acción en el marco del control poblacional, para lo cual se vale de una acción destinada a orientar la paternidad y maternidad responsable. Este tipo de libertad otorgada al Estado sin duda requiere de un límite, tal cual se aprecia en la regla al señalar que las personas en particular y la familia como tal tienen derecho a decidir, lo cual tiene un efecto directo sobre la actividad estatal y su control.

Si bien es cierto que la actividad de control que ejerce el Estado no se ocupa de manera directa sobre las TERAS, existe un lineamiento de restricción soterrada, lo cual se aprecia en la Ley General de Salud, traducéndose ello en un nivel de desinterés de la gestión estatal sobre el tema; ello en tanto, que de haber tenido la intención de establecer una pauta de control restrictivo sobre ellas, existiría una

pauta legislativa que no solo restrinja sino también castigue la actividad en razón de ser ilegal.

Es evidente que no se tiene este tipo de actividad legislativa, por lo mismo que la función de control no se ha desarrollado, pero la ausencia de la misma resulta tener un efecto mucho más perjudicial en tanto que no permite un desarrollo correcto de las necesidades personales que como derecho le asiste a los sujetos que no pueden procrear de manera natural. Esto implica que dichas actividades clínicas se desarrollen sin un mayor control, que como ya se ha dicho genera desventajas para cierto tipo de personas y peor aún sobre los menores que son producto de este tipo de actividad.

Teniendo en cuenta el contenido constitucional del derecho a decidir de la familia ¿Por qué no se han legalizado las técnicas de reproducción asistida en nuestro país, siendo un derecho o garantía de la familia al procrear? En función a lo ya señalado, las razones por las que no se han regulado las TERAS, obedecen a un criterio de gestión estatal, esto es que la estructura constitucional tiene un desarrollo legislativo con características conservadoras basadas en la ética y moral que restringen ciertas actividades científicas, esto además se vincula con la realidad de la época en la que ha sido creado el ordenamiento civil puesto que data del siglo pasado en el que no existía un acercamiento a este tipo de intervenciones científicas para solucionar el problema de la reproducción.

En base a ello se tiene que la actividad estatal al gestionarse mediante la política pública permite que las acciones de control obedezcan a circunstancias de necesidad social, las mismas que operan en razón de la urgencia de atención de estas condiciones. Esto se justifica en la propia condición de la familia y el papel que desempeña en la sociedad, puesto que su función es de mantener el equilibrio social mediante la conservación de la especie, razón por la que el Estado tiene obligación de garantizar su protección, precisamente este ámbito de procreación es el que vincula con la paternidad y maternidad responsable que configura el artículo sexto de la normativa constitucional.

Como se ha indicado, el hecho de no tener una regulación específica para controlar la actividad clínica que permite la solución ante los problemas reproductivos de las familias, es importante cuestionar ¿Qué efectos tiene la ausencia de regulación de las TERAS sobre el derecho a decidir de la familia?

Es evidente que toda ausencia de regulación no siempre justifica la creación de reglas, puesto que no se tiene en cuenta toda la actividad social para crear el ordenamiento jurídico; es decir que solamente se crean reglas en su estructura atendiendo las necesidades urgentes y las condiciones de vulnerabilidad en las que se encuentran los seres humanos, así como la propia organización estatal. Para el caso estudiado se evidencia la necesidad de establecer medidas que permitan controlar una actividad clínica que soluciona problemas de reproducción.

Atendiendo al hecho de que las necesidades reproductivas tienen un enlace directo con la finalidad de la familia y la obligación del Estado para establecer un control adecuado de estas actividades, se requiere de la participación legislativa de la gestión estatal para asegurar las garantías que permitan establecer un mayor alcance de la efectividad de los fines de la familia. Por lo mismo que el Estado tiene por obligación asegurarse de que el control de la paternidad y maternidad responsable conlleve a la materialización de tal finalidad, la cual no se consigue si no existe habilitada la libertad de poder acceder a los avances de la ciencia que solucionan el problema de infertilidad.

Como tal se ha explicado, la necesidad de crear una regulación implica la presencia no solo de garantías que permitan ejercitar un derecho, que en este caso sería la libertad de poder decidir sobre los mecanismos que le permitan a la familia consagrar su finalidad en el ámbito social y personal, sino también se precisa de ciertos límites a este tipo de acción. Esta restricción necesaria conlleva a la idea del control de la acción de otras personas que en razón de mala fe podrían hacer uso inadecuado de la permisibilidad que se requiere para las TERAS.

Según lo apreciado es preciso conocer con exactitud la posición que debe adoptar del Estado frente a esta necesidad, vale decir que las acciones de control se basen en una técnica jurídica de reconocimiento de la voluntad como el primer elemento que debe evaluarse para crear la adecuada regulación en el ordenamiento jurídico. Es así que, de acuerdo a los límites presentes en este tipo de vínculo, que son la manifestación de voluntad y la capacidad jurídica de las partes ¿qué

restricciones se plantean ante un contrato de maternidad subrogada teniendo en cuenta el objeto del mismo?

Como se ha indicado en el desarrollo de la discusión, existe la necesidad de establecer un parámetro jurídico destinado a controlar la actividad de la maternidad subrogada, ello en atención a que aún sin tener una regulación específica, se desarrolla de manera normal en el ámbito social, lo cual requiere de la urgente intervención estatal para controlar dichas acciones y evitar tanto injustos jurídicos o abuso de derecho. Es lo señalado un punto de inicio que se orienta hacia la protección de la familia, en tal sentido la función de control debería diseñar un esquema para legitimar el vínculo que se produce entre las partes que intervienen en la maternidad subrogada.

Precisamente la legitimación de esta actividad mediante su incorporación al ordenamiento jurídico, implica además del reconocimiento como derecho, la necesidad de que existan límites o restricciones en dicha ejecución, que en primer lugar debe observarse el índice de capacidad de quienes intervienen en el acuerdo, para luego establecer un criterio de restricciones en función a conductas percibidas desde la perspectiva contractual. Son estas condiciones las que garantizaran un manejo adecuado de la figura de maternidad subrogada, en tanto que la postura de control se orienta a la acción correcta en virtud de la existencia de voluntades para alcanzar un fin que es la procreación, con la participación de otros elementos como son la licitud del objeto de este contrato.

Es en este punto donde se ha de evaluar la pauta para reconocer el nivel de licitud respecto del beneficio que se obtiene de este vínculo, el mismo que no debe dirigirse hacia el menor de edad que nace de dicho acuerdo, sino más bien, el objeto que se obtiene como beneficio de la relación, sería la materialización del derecho reproductivo que se entiende debe estar garantizado por la política pública en virtud del artículo sexto de la normativa constitucional. La otra restricción o límite para establecer este tipo de acuerdos legitimados mediante un contrato, será la prohibición de compensación económica que ponga en evidencia algún tipo de comercialización, esto es que deba alcanzar un carácter altruista en virtud de la necesidad de los padres de intención.

Además de lo señalado, se advierte en la propia estructura legislativa ciertas restricciones que operan como límites no solo a la acción reproductiva mediante las TERAS, sino que también se trata de una alteración de la garantía constitucional del derecho a decidir de la familia; lo cual se ubica de manera específica en el artículo 7 de la Ley General de Salud, cuyo contenido jurídico contraviene el derecho a decidir de la familia, debiendo aclarar por ello si ¿Es inconstitucional en relación al principio de supremacía constitucional?

Definitivamente las características de regulación que en su aplicación van más allá del entorno de constitucionalidad que se ha diseñado con el fin de asegurar el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, dado que restringen la libertad otorgada por la propia Constitución, es así que la condición explícita del artículo en crítica, señala una relación inherente entre quien ostenta ser la madre y quien

realmente lo es de un determinado ser. Es así que la condición de vínculo sanguíneo no solo se puede vincular con la gestación, puesto que si se trata de procreación en el uso de los gametos originarios de los padres de intención, al ser inoculados en el vientre de una mujer, puesto que el origen de todo ser humano se da a nivel celular que tiene su punto de partida en la unión de los gametos, independientemente del espacio donde se ha de gestar, puesto que tal evento solo procura el mantenimiento de su existencia hasta alcanzar el desarrollo, es decir, no altera la condición genética de origen.

Es en virtud de esta desvinculación genética entre la madre que aporta los gametos y la mujer que gesta al nuevo ser, que no tendría cabida la restricción impuesta en el artículo séptimo de la Ley General de Salud, que más bien limita la posibilidad de acceder a un mecanismo clínico que permite materializar el derecho a decidir sobre la manera en que ha de procrear y con ello alcanzar la finalidad de la familia.

TOMA DE POSTURA

El derecho a decidir, otorgado por la Carta Magna a las familias y a las personas, se deriva de una política pública de poblaciones, vinculada con la paternidad y maternidad responsable, asegurando entre otros elementos, el acceso a los medios que las promuevan; en razón de ello garantiza el acceso a soluciones científicas en caso de problemas de infertilidad, lo cual se da en un marco de desarrollo familiar en la sociedad, y así otorgar un equilibrio para la conservación

de la especie, que el Estado debe avalar mediante políticas que salvaguarden la procreación.

Debido a la falta de regulación de estas soluciones, que son las técnicas de reproducción asistida, no existe la figura como tal en el ordenamiento jurídico que permita de manera lícita su práctica, para lograr cumplir con la finalidad y proyecto de vida de las familias. Al contrario, en nuestro sistema legal, mediante el artículo siete de la Ley General de salud, se prevé una restricción a los medios de procreación, que no permite ejercitar el derecho fundamental descrito por la Constitución Política.

A lo que se concluye, existe la necesidad social y jurídica de regular estos mecanismos para contemplar el desarrollo del derecho estudiado, y así reconocer la garantía otorgada a las familias, respetando el orden jerárquico de las leyes.

5.1.2. Discusión del objetivo específico: “Estudiar teóricamente los requisitos de procedencia del acto jurídico para identificar la viabilidad jurídica de la propuesta de contrato de maternidad subrogada”

Respecto a las condiciones jurídicas que se han establecido mediante la teoría del acto jurídico para en base a ello establecer una línea de control mediante los contratos, se puede cuestionar ¿qué tan apropiada es la percepción del acto jurídico como base de los contratos modernos? Según lo señalado por la nueva percepción del acto jurídico y las formalidades clásicas que se exigen para su

existencia o reconocimiento en la realidad, se trata de la necesaria evolución del derecho en virtud de los cambios sociales.

Básicamente la nueva orientación se vincula con aspectos económicos de la realidad social, pero cabe indicar que los cambios sociales no solo se aprecian en este campo de la realidad, puesto que como se ha explicado a lo largo de la investigación, existen aspectos que varían según los avances de la ciencia y la tecnología que se motiva en las necesidades de los seres humanos. Es así que la situación de infertilidad siendo una condición de especial tratamiento que ha impulsado a la ciencia a desarrollar cambios importantes, los mismos que deben orientar al derecho en su fase evolutiva.

Si bien es cierto la configuración normativa constitucional resulta ser de carácter rígido, es preciso tomar las cualidades dinámicas que deben asistir al sistema jurídico para que se puedan acoger la mayor cantidad de cambios presentes en la sociedad de manera constante. El camino más propicio para alcanzar esta meta será la apertura a nuevas percepciones como es el caso discutido sobre el acto jurídico, que en los últimos tiempos asume la tendencia de protección que se ocupa de atender con mayor preponderancia la seguridad jurídica.

En base a tal percepción, se concibe la posibilidad de establecer un margen de acción sobre la necesidad generada por intervenciones médicas como las TERAS entre las que resulta de mayor importancia para esta investigación a la maternidad

subrogada, necesidad social que urge de atender en tanto que dichas acciones se ejecutan sin control alguno debido a la ausencia de regulación. En consecuencia, de lo descrito se presenta un alto nivel de inseguridad jurídica para quienes intervienen en la maternidad subrogada justificadas por la necesidad de acceder al derecho de tener una familia.

Como tal la condición de seguridad jurídica ausente y la facultad constitucionalmente otorga para decidir el camino más idóneo para alcanzar la meta de consolidar una familia, resulta más bien de interés social, pues siendo que el grupo familiar un elemento indispensable para la estructura social, requiere de la mayor atención a fin de garantizar la satisfacción de las garantías que le corresponde. Bajo este supuesto, queda justificada la intervención del Estado para regular de manera puntual la posibilidad de establecer el control que permita brindar seguridad jurídica a este tipo de actos, lo cual se conjuga con lo discutido teóricamente sobre la nueva percepción del acto jurídico en función a este importante elemento.

Según lo planteado surge el cuestionamiento ¿bajo qué argumentos jurídicos válidos puede asumirse a la maternidad subrogada como un acto jurídico? Sobre ello se puede reconocer una intención de control, básicamente es lo que inspira a la actividad estatal para generar pautas normativas que solucionen los conflictos o necesidades de la sociedad, lo que se conoce como el control social. Para tales fines existe una norma abstracta que bajo lineamientos generales establece dicho control, vale decir que la Constitución se ocupa de esta actividad, cuyas garantías deben ser

desarrolladas para alcanzar la materialización de los derechos, sin dejar de lado el control de dichas actividades sociales.

El sentido normativo antes mencionado se aprecia desde el principal punto de partida que asume esta investigación, es decir sobre la garantía contenida en el artículo sexto de la Constitución, que entre otros ámbitos de protección señala a la facultad de la familia a decidir sobre sus derechos reproductivos, que no se debe confundir con la potestad estatal de controlar el crecimiento demográfico, que si bien es cierto acoge esta posibilidad, pero no resulta ser exclusiva. Cabe aclarar que la manifestación de esta capacidad se vincula con la decisión que tomarán las familias para acceder a la condición de paternidad responsable, siendo así, se materializa el derecho en el acto que le permita a la familia decidir responsablemente el método para alcanzar la concepción de un nuevo ser como integrante que consolidará al grupo familiar, interés social que debe proteger el Estado.

Bajo estos argumentos es posible indicar que la realidad social impulsa el cambio jurídico, que sin duda la propuesta de asumir a la maternidad subrogada como acto jurídico, procura alcanzar la meta de control de la seguridad jurídica que se deriva de la ejecución de este tipo de actos médicos. Para tales fines se precisa además de argumentos a nivel político normativo, afianzar la postura en condiciones teóricas válidas, para lo cual se cuestiona ¿Qué fundamentos teóricos viabilizan la consideración de la maternidad subrogada como acto jurídico?

Tratándose de un tema enlazado con el origen de la vida, en primera línea surge la teoría de la concepción como un elemento de apoyo para asumir a la maternidad subrogada como un acto jurídico, la misma que se debe apreciar desde la perspectiva de la fertilización del óvulo, puesto que científicamente se ha verificado que desde ese momento se inicia la vida con la inmediata subdivisión celular. Como en toda postura existe una posición en contrario, la cual debe indicarse como la que percibe a la concepción en base a la anidación del óvulo fecundado, lo que se respeta desde el punto de vista de una concepción natural, pero no aplicaría en el campo de esta nueva posibilidad en función al avance científico que permite el inicio de la vida fuera del útero materno.

Si bien es cierto que los gametos que intervienen son los mismos que en una fecundación natural, la concepción se produce fuera de este escenario, lo cual ya convierte en una situación especial, importa entender sobre ello que el vínculo que marca la conexión entre padres e hijos se genera de acuerdo a los gametos que participan en la fecundación, por lo mismo que la concepción in vitro ya consolida ese vínculo y establece el punto de partida de la vida como tal. Es basado en esta última explicación que se advierte la necesidad de tomar como postura de concepción a este acto in vitro para considerar el inicio de la vida; siendo así, el concepto de maternidad estaría separado del espacio donde se gesta el ser, puesto que solo se advierte como un conducto biológico para materializar su crecimiento.

Jurídicamente, esta situación biológica sería la razón justificante para establecer la protección de los sujetos que intervienen en dicho acto de maternidad

subrogada, que según lo explicado y basados en la teoría científica y jurídica, se precisa de alcanzar adecuada seguridad jurídica controlada por el Estado para satisfacer la garantía tanto de los padres de intención, así como de la mujer gestante y por su puesto de un elemento que aún no se ha tenido en cuenta en otras investigaciones, puesto que se trata de asegurar el bienestar del nuevo ser que desde la fecundación ya se percibe como sujeto de derecho y debe ser atendida la necesidad de viabilizar su bienestar integral, cabe indicar por ello la materialización de su formación en un espacio saludable que no le puede dar su madre biológica.

Además de la fundamentación teórica que vincula a la seguridad jurídica con la percepción del sujeto de derecho en función a la concepción desde el punto de vista de la fertilización del óvulo, se precisa de un fundamento teórico que solventa la crítica a esta posibilidad de asumir a la maternidad subrogada como un acto jurídico. Vale decir que las posturas en contrario señalan como la crítica principal a la ausencia de un objeto jurídicamente válido para que se consolide el negocio jurídico en este tipo de actividad, lo cual se ha de rebatir en tanto que según lo anteriormente explicado, al existir cambios evolutivos en la percepción del acto jurídico, obviamente dicha postura tiene un respaldo teórico, que se afianza en la percepción del objeto considerado desde la percepción del fin práctico.

Esta justificación jurídica describe una posibilidad de entender al objeto del acto jurídico desde la perspectiva de los intereses de quienes participan en el negocio jurídico, lo que permite asumir a la maternidad subrogada como un acto en el que intervienen sujetos que tienen una necesidad que se soluciona mediante un

fin práctico para cada uno de ellos. En principio los padres de intención materializan la garantía de decidir sobre su paternidad o maternidad responsable, mediante lo cual ejecutan actos científicos que permiten la generación de un nuevo ser mediante la fertilización de sus gametos; siendo este último quien ya tiene el interés de alcanzar viabilidad como nuevo ser a través del alumbramiento y finalmente la mujer gestante que según la perspectiva general podrá tener intereses tanto altruistas cuanto onerosos, optando como mejor opción la primera ante una posible regulación.

Todo lo descrito se conjuga en una sola finalidad práctica que deberá caracterizar al acto jurídico de maternidad subrogada en función al interés de procrear un nuevo ser con los gametos de los padres de intención. Este resultado será lo que justifique la necesidad de establecer un régimen de control para lo cual se precisa de recoger el acto jurídico ya viabilizado a través de un contrato que indique las pautas específicas para alcanzar la seguridad jurídica como nueva percepción del acto.

TOMA DE POSTURA

En función al desarrollo analítico de las teorías sobre los requisitos de procedencia del acto jurídico para identificar la viabilidad jurídica de la propuesta de contrato de maternidad subrogada, se ha podido establecer una línea de acción que le correspondería al Estado cubrir con la regulación específica de este tipo de

actos científicos destinados a la procreación de nuevos seres ante la condición de infertilidad.

Es así que los padres de intención al ser sujetos de derecho que se encuentran en el camino de establecer una familia como elemento básico de la sociedad, les asiste la protección estatal para que este derecho sea correctamente atendido y garantizar además su facultad de decidir sobre la paternidad y maternidad que responsablemente les permite asumir una solución ante sus problemas de infertilidad. Para tal fin la condición de seguridad jurídica debe completarse en tanto que hace falta crear un espacio jurídico en el que se pueda desarrollar estas técnicas especiales como la maternidad subrogada con la garantía de seguridad jurídica requerida.

Lo antes indicado se basa en fundamentos tanto jurídicos como teóricos, siendo los primeros aquellas posturas que viabilizan la posibilidad de ampliar la percepción del acto jurídico en función a la necesidad de seguridad jurídica, característica que se da precisamente en el desarrollo de la maternidad subrogada; situación ante la que se presenta otro fundamento jurídico que es el control social que le corresponde al Estado cumplir, que como tal se vincula a la seguridad jurídica puesto que para ello requiere de la incorporación de pautas normativas que lleven al derecho a la par con el desarrollo social.

Además de lo mencionado se aprecian justificaciones teóricas que en primer lugar se respalda con la teoría de la concepción del ser, lo cual, al entenderse desde el punto de vista de la fertilización del óvulo, permite asumir la existencia de un nuevo ser como sujeto cuyos derechos requieren ser atendidos y que además desvincula su origen biológico con el de la mujer que ha de gestar su desarrollo, contradiciendo con ello la postura moral o ética que va en contra de la maternidad subrogada.

Otro aspecto teórico que se plantea como justificación de la maternidad como acto jurídico, es la percepción del objeto de este acto jurídico en función al fin práctico, lo que permitiría alcanzar la anterior finalidad explicada sobre la necesidad de brindar seguridad jurídica a los intereses de los participantes en el negocio jurídico, esto es los padres de intención, el nuevo sujeto de derecho y la mujer que gestará su desarrollo. Por tales razones es posible asumir la postura de que el contrato de maternidad subrogada es viable en función a su percepción como acto jurídico.

5.1.3. Discusión del objetivo específico: “Analizar la realidad jurídico – social respecto a la práctica de la técnica de reproducción asistida mediante maternidad subrogada en el Perú”

El sentido del análisis proyectado sobre la realidad jurídico social, solamente se ha podido apreciar en razón de la opinión de los especialistas que, en tanto Fiscales del área civil, se han pronunciado sobre el aspecto justificante de la regulación del contrato de maternidad subrogada, lo mismo se aprecia de la opinión

de los operadores jurídicos. Tales planteamientos han sido apreciados desde la perspectiva teórica que brinda una base para asumir la posibilidad de establecer un contrato sobre la técnica especial de maternidad subrogada.

En principio la postura de los especialistas, conducen al razonamiento hacia un sector de la posibilidad de establecer lineamientos que permitan atender de manera adecuada la regulación de este tipo de actos médicos. Siendo para ello la principal justificación, el vínculo con la necesidad reproductiva planteada como argumento para viabilidad la sistematización de este tipo de acuerdos.

Definitivamente la celebración de tales acuerdos entre los sujetos interesados, se produce en la realidad, independientemente de que se encuentre regulado, por lo mismo que según la opinión alcanzada tanto por los elementos de la muestra, así como los informes revisados de otras investigaciones que alcanzan como resultado, la presencia de actos de este tipo desarrollados en forma clandestina y que desde luego ponen en riesgo la salud de quienes en base a la necesidad antes indicada, acceden a ciertas condiciones que vulneran sus derechos, siendo el riesgo más alto el de trata de personas.

Entonces, las condiciones en que se ejecutan este tipo de actos especiales destinados a la reproducción siempre van a requerir de control, a fin de evitar los excesos en el uso de los vientres de alquiler, término que consolida un acuerdo destinado a la compensación económica; esto es precisamente lo que debiera

evitarse a fin de no alcanzar índices delictivos por la ejecución incongruente con el ordenamiento jurídico.

Parte de la opinión de los especialistas coincide en un punto específico relacionado con la clandestinidad, esta circunstancia se califica como actos fuera del ámbito de protección del ordenamiento jurídico, esto es que al no existir reglas que pongan límites a la acción de maternidad subrogada, se presenta la posibilidad latente de un efecto lesivo de los derechos que corresponderían a cualquiera de los intervinientes. Como tal lo más prudente es atender la sistematización de este tipo de conductas, tomando como base la necesidad de evitar vulneración de derechos fundamentales, el descontrol de la actividad que consolida actos ilícitos, la prevención vulneratoria del artículo sexto de la normativa constitucional respecto al derecho a decidir de la familia; lo cual deberá contemplar como base de sus reglas a la maternidad subrogada como un contrato especial.

TOMA DE POSTURA:

De acuerdo a la meta planteada respecto al análisis de la realidad jurídico – social respecto a la práctica de la técnica de reproducción asistida mediante maternidad subrogada en el Perú, se ha logrado establecer razones puntuales de dicha realidad que permitirán consolidar justificaciones para el tratamiento legislativo adecuado sobre este tipo de actos médicos. Es así que la primera condición es la existencia de una necesidad social, en tanto que corresponde al

derecho a las familias poder procrear y consolidar el vínculo que sienta las bases de la organización de la sociedad.

Esta ausencia de regulación conlleva a la existencia de actos desarrollados clandestinamente, lo cual implica el riesgo de vulneración de derechos entre los participantes, ello además invita al razonamiento sobre la necesidad de atender legislativamente actos de este tipo, dado que se trata de una obligación estatal, por lo que conviene a dicha organización establecer pautas de control a fin de evitar excesos y en virtud ello la consolidación de otro tipo de ilícitos que se configuran desde el enriquecimiento económico hasta la trata de personas.

5.2. La validación de las variables

5.2.1. Validación de la variable independiente: “Vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la ley general de salud”

En atención al diseño de la contrastación de la hipótesis se observa la participación de la variable independiente como aquel concepto que describe un elemento que se comporta como el origen del problema advertido en la realidad, que para este caso se trata de una cuestión de vulneración de una garantía constitucional destinada a facultar a la familia para decidir sobre su paternidad o maternidad responsable, de lo cual se responsabiliza al artículo séptimo de la Ley General de Salud. Tal efecto negativo debe observarse con el fin de obtener el carácter científico que la valide.

En tal análisis se planteó como meta la observación del ámbito de protección del derecho a decidir de la familia para reconocer tal garantía frente al ejercicio del artículo 7 de la ley general de salud, el cual se ha hecho depender de una política pública de poblaciones, vinculada con la paternidad y maternidad responsable, asegurando entre otros elementos, el acercamiento a los medios que las promuevan; en razón de ello garantiza el acceso a soluciones científicas en caso de problemas de infertilidad, más aún cuando esta situación forma parte de la política de poblaciones, lo cual se da en un marco de desarrollo familiar en la sociedad, y así otorgar un equilibrio para la conservación de la especie, que el Estado debe avalar mediante políticas que salvaguarden la procreación.

La realidad jurídica que se presenta como una aparente ausencia de regulación, se identifica más bien como un mecanismo de control moral sobre las actividades de las TERAS, lo cual se aprecia mediante la construcción del artículo siete de la Ley General de salud, del cual se prevé una restricción a los medios de procreación, que no permite ejercitar el derecho fundamental descrito por la Constitución Política.

En el Perú, se ha logrado establecer razones puntuales de dicha realidad que permitirán consolidar justificaciones para el tratamiento legislativo adecuado sobre este tipo de actos médicos. Es así que la primera condición es la existencia de una necesidad social, en tanto que corresponde al derecho a las familias poder procrear y consolidar el vínculo que sienta las bases de la organización de la sociedad.

En función a todo lo señalado, la variable independiente puede considerarse validada mediante la siguiente indicación:

Las limitaciones del artículo 7 de la ley general de salud vulnera el derecho a decidir de la familia sobre las formas de satisfacer sus problemas de infertilidad.

5.2.2. Validación de la variable dependiente: “Regulación del contrato de maternidad subrogada”

La función que cumple la variable dependiente es de conceptualizar la consecuencia que se estaría generando en función de los efectos del problema advertido, para este caso se ha considerado como un efecto del problema de la vulneración sobre el derecho a decidir de la familia a la necesidad de regular el contrato de maternidad subrogada. Condiciones que se presentan tanto en el campo netamente jurídico, así como en el aspecto teórico.

Considerando la capacidad jurídico política que le asiste al Estado se considera viable jurídicamente la propuesta de contrato de maternidad subrogada, justificada por el avance científico que precisa de una regulación específica de este tipo de actos, que para el caso de estudio están destinados a la procreación de nuevos seres ante la condición de infertilidad.

Es así que los padres de intención al ser sujetos de derecho que se encuentran en el camino de establecer una familia como elemento básico de la sociedad, les asiste la protección estatal para que este derecho sea correctamente atendido y garantizar además su facultad de decidir sobre la paternidad y maternidad que responsablemente les permite asumir una solución ante sus problemas de infertilidad. Para tal fin la condición de seguridad jurídica debe completarse en tanto que hace falta crear un espacio jurídico en el que se pueda desarrollar estas técnicas especiales como la maternidad subrogada con la garantía de seguridad jurídica requerida.

Lo antes indicado se basa en fundamentos tanto jurídicos como teóricos, siendo los primeros aquellas posturas que viabilizan la posibilidad de ampliar la percepción del acto jurídico en función a la necesidad de seguridad jurídica, característica que se da precisamente en el desarrollo de la maternidad subrogada; situación ante la que se presenta otro fundamento jurídico que es el control social que le corresponde al Estado cumplir, que como tal se vincula a la seguridad jurídica puesto que para ello requiere de la incorporación de pautas normativas que lleven al derecho a la par con el desarrollo social.

Además de lo mencionado se aprecian justificaciones teóricas que en primer lugar se respalda con la teoría de la concepción del ser, lo cual, al entenderse desde el punto de vista de la fertilización del óvulo, permite asumir la existencia de un nuevo ser como sujeto cuyos derechos requieren ser atendidos y que además desvincula su origen biológico con el de la mujer que ha de gestar su desarrollo,

contradiciendo con ello la postura moral o ética que va en contra de la maternidad subrogada.

Otro aspecto teórico que se plantea como justificación de la maternidad como acto jurídico, es la percepción del objeto de este acto jurídico en función al fin práctico, lo que permitiría alcanzar la anterior finalidad explicada sobre la necesidad de brindar seguridad jurídica a los intereses de los participantes en el negocio jurídico, esto es los padres de intención, el nuevo sujeto de derecho y la mujer que gestará su desarrollo. Por tales razones es posible asumir la postura de que el contrato de maternidad subrogada es viable en función a su percepción como acto jurídico.

Con relación a los planteamientos vertidos, se logra demostrar la validación de la variable dependiente bajo la siguiente indicación:

Es viable la regulación del contrato de maternidad subrogada basada en la seguridad jurídica, control social, la teoría de la concepción del ser y el objeto con fines prácticos del acto jurídico.

5.3. Contratación de la hipótesis

5.3.1. Determinación final de la tesis

Las limitaciones del artículo 7 de la ley general de salud vulnera el derecho a decidir de la familia sobre las formas de satisfacer sus problemas de infertilidad; por lo que resulta necesaria la regulación del contrato de maternidad subrogada que es viable en base a la seguridad jurídica, control social, la teoría de la concepción del ser y el objeto con fines prácticos del acto jurídico.

5.3.2. Contrastación de la hipótesis

Tabla 7: contrastación de la hipótesis inicial y la determinación final de la tesis

Hipótesis inicial	Determinación final
Si, existe la vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la Ley General de Salud; entonces, en base a ello se justifica regular el contrato de maternidad subrogada, siendo un derecho de carácter fundamental, en relación a los parámetros del ordenamiento jurídico peruano.	Las limitaciones del artículo 7 de la ley general de salud vulnera el derecho a decidir de la familia sobre las formas de satisfacer sus problemas de infertilidad; por lo que resulta necesaria la regulación del contrato de maternidad subrogada que es viable en base a la seguridad jurídica, control social, la teoría de la concepción del ser y el objeto con fines prácticos del acto jurídico.

Conclusiones

Conclusión general

Se concluye que las limitaciones del artículo 7 de la ley general de salud vulnera el derecho a decidir de la familia sobre las formas de satisfacer sus problemas de infertilidad; por lo que resulta necesaria la regulación del contrato de maternidad subrogada que es viable en base a la seguridad jurídica, control social, la teoría de la concepción del ser y el objeto con fines prácticos del acto jurídico.

Conclusiones específicas

Primera:

Se concluye en base a la observación del ámbito de protección del derecho a decidir de la familia frente al ejercicio del artículo 7 de la ley general de salud, ello deriva de una política pública de poblaciones vinculada con la paternidad y maternidad responsable; garantizando el acceso a soluciones científicas en caso de problemas de infertilidad; tal garantía se encuentra limitada por el artículo 7 de la Ley General de salud, que restringe los medios de procreación especial.

Segunda:

Se concluye en base a las teorías sobre los requisitos de procedencia del acto jurídico para identificar la viabilidad jurídica de la propuesta de contrato de maternidad subrogada, y ante la necesidad de proteger jurídicamente a los padres

de intención respecto a su facultad de decidir sobre la paternidad y maternidad responsablemente ante sus problemas de infertilidad, se precisa de la garantía de seguridad jurídica, solventada por la nueva percepción del acto jurídico; además del control social que le corresponde al Estado cumplir con el respaldo teórico de la concepción del ser desde el punto de vista de la fertilización del óvulo; además de la percepción del objeto de acto jurídico en función al fin práctico.

Tercera:

Se concluye en base al análisis de la realidad jurídico – social respecto a la práctica de la técnica de reproducción asistida mediante maternidad subrogada en el Perú, que existen justificaciones para el tratamiento legislativo de las TERAS con base en la necesidad social de la familia y su derecho a decidir sobre la procreación; justificándose además por su desarrollo clandestino con riesgo de vulneración de derechos y con el fin de evitar excesos como ilícitos que irían desde el enriquecimiento económico hasta la trata de personas.

Recomendaciones

Primera:

Se sugiere que el Poder Legislativo bajo la potestad legiferante que le corresponde se ocupe de estudiar a fondo la realidad social que se desencadena en razón de la infertilidad y su vínculo con la consolidación de las familias, para que con dichos resultados se proyecte una adecuación especial como marco legislativo destinado a controlar la actividad de las TERAS, con especial atención a la técnica de maternidad subrogada para evitar la limitación existente en la Ley General de Salud que atenta al derecho a decidir de la familia.

Segunda:

Se recomienda que la acción estatal se proyecte sobre la creación del marco normativo para la maternidad subrogada, contemplando un tipo de contrato especial en el que asuma la postura del objeto del acto jurídico desde la perspectiva del fin práctico, lo que implica asumirlo en función a la capacidad de gestación de la mujer subrogante; que en base a dicha consideración se establezca el requisito del carácter altruista de la mujer gestante del nuevo ser; la indicación de las obligaciones entre los padres de intención y la mujer gestante referidas al cuidado del menor donde se advierta la garantía en función al interés superior del niño y finalmente las pautas de responsabilidad que generan el incumplimiento de dichas obligaciones.

Tercera:

Se sugiere que la incorporación normativa de la maternidad subrogada como un contrato en el ordenamiento jurídico sea bajo el lineamiento de los contratos innominados, dadas las condiciones vinculadas con el objeto del acto jurídico destinado a la cuestión práctica determinada por las partes que intervienen en dicho acuerdo, asumiéndola como una prestación de servicios estrictamente personalísimos, puesto que está determinado por la capacidad de la madre gestante para materializar el desarrollo del embrión.

Bibliografía

- Albeiro Infante , N., & Camilo Pineda, L. (2021). Maternidad Subrogada como Negocio Jurídico un Análisis Comparativo de la Legislación Estadounidense y Colombiana. (*Tesis de Titulación*). Universidad Santo Tomas, Colombia. Obtenido de <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/35323>
- Arroyo, C. L. (2017). *Los derechos fundamentales*. Lima: PUCP. Obtenido de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf>
- Bavio, P. S. (2013). Bioética y Derechos reproductivos en el Perú: comentarios sobre algunos temas pendientes. *Foro Jurídico*.
- Borges, L., Sánchez, R., & Gonzales, A. (2022). Gestación subrogada en Cuba. Del marco legal al enfoque humanizado de la atención en salud. *Cuba Salud*, 1-8. Obtenido de <https://www.bing.com/ck/a?!&&p=ab32d4b797566d08JmltdHM9MTcwMzgwODAwMCZpZ3VpZD0zYTg5MmQzOS0yZGY4LTYxZDYtMjBkZi0zZjk5MmNmMjYwMTUmaW5zaWQ9NTE4Mg&ptn=3&ver=2&hsh=3&fclid=3a892d39-2df8-61d6-20df-3f992ce26015&psq=Gestaci%c3%b3n+subrogada+en+Cuba.+Del+marco+lega>
- Brantt, M., & Mejías, C. (2018). El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distitivos. *Ius Et Praxis*, XXIV(3), 583-618. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00583.pdf>

- Cabrera, K. (2011). El derecho de consumo. Desde la teoría clásica del contrato hasta los nuevos contratos. *Revista de Derecho. Universidad del Norte*(35), 55-95. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5688040.pdf>
- Canto, R. (2021). Gestionar la política. Las políticas públicas desde la perspectiva del poder. *Sociológica*, XXXVI(104), 41-74. Obtenido de <https://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v36n104/2007-8358-soc-36-104-41.pdf>
- Cochón Lipa, , A. u., & Cochón Lipa, P. L. (2021). Análisis del Artículo 7 de la Ley General de Salud N° 26842 y la vulneración del derecho a la salud reproductiva. *UCV - REPOSITORIO*. Obtenido de <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/66746>
- Congreso de la República. (Noviembre de 2022). *Constitución Política del Perú*. Obtenido de CONGRESO GOB.PE: <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-noviembre2022.pdf>
- Cortez, C. D. (2012). La forma del acto jurídico en el Código Coivil peruano de j1984. *Memorando de derecho. Dialnet*, 203-2016. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4133684.pdf>
- Delgado Martínez, A. S. (2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional. (*Tesis de titulación*). Univesidad de Piura, Piura. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Emaldi, A. (2018). La maternidad subrogada vulnera el principio constitucional de la seguridad jurídica. La imperiosa necesidad de buscar una solución al problema español: cambio legislativo o cumplimiento de la ley. *DILEMATA*, X(28), 123-135. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6694798.pdf>
- Encinas Llanos, R. D. (2019). LA CAPACIDAD REPRODUCTIVA DE LA MUJER COMO OBJETO DEL ACTO JURIDICO. (*Tesis de Doctorado*). Universidad San Martín de Porres, Lima. Obtenido de <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/5671>
- Enrique Varsi-Rospigliosi, M. A. (2019). EL NUEVO TRATAMIENTO DEL RÉGIMEN DE LA CAPACIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO. *Acta Bioethica*, 15.
- Estrada Mora, H. (Setiembre de 2018). MATERNIDAD SUBROGADA: Desarrollo conceptual y normativo. *DIDP*(26), 5.
- Hinostroza Bermúdez, Y. S. (2020). Regulación contractual de la figura de maternidad subrogada en el Código Civil. (*Tesis de Maestría*). Universidad Peruana de los Andes, Huancayo. Obtenido de <https://repositorio.upla.edu.pe/handle/20.500.12848/1746>
- Jimenez Muñoz, F. J. (2012). La reproducción asistida y su régimen jurídico. *UNED*, 207.
- LP DERECHO. (15 de Diciembre de 2022). *Código Civil Peruano*. Obtenido de LP DERECHO: <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>

Martínez, V. (2015). Maternidad subrogada una mirada a su regulación en México.

DIKAION. Universidad de La Sabana, XXIV(2), 353-382. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v24n2/v24n2a07.pdf>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (11 de Setiembre de 2018). *LEY*

GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD LEY N° 29973.

Obtenido de <https://www.gob.pe/>:
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/534697/LEY%2029973%20Y%20SU%20REGLAMENTO.pdf.pdf?v=1680737473>

MINSA. (15 de Julio de 1997). *LEY N° 26842 – LEY GENERAL DE SALUD*.

Obtenido de DIGEMID:
<https://www.digemid.minsa.gob.pe/upload/uploaded/pdf/leyn26842.pdf>

Morales, R. (2009). Hechos y actos jurídicos. *Foro Jurídico*(9), 14- 24. Obtenido

de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18509/18749/>

Muñoz, T. (2021). *Teoría general del contrato contemporáneo*. Veracruz:

Universidad Veracruzana. Dirección Editorial - Biblioteca Digital de Humanidades. Obtenido de <https://www.uv.mx/bdh/files/2021/09/Teori%CC%81a-general-del-contrato.pdf>

Olmos, B. (2022). *La gestación subrogada. Estudio de derecho comparado, análisis de la más reciente jurisprudencia y proposición de lege ferenda*.

Barcelona: Universidad Pompeu Fabra. Obtenido de

<https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/48040/TFGDRET2021OImosGest.pdf?sequence=1>

Organización Panamericana de Salud. (s.f.). *paho.org*. Obtenido de OPS :
<https://www.paho.org/es/temas/discapacidad#:~:text=Las%20personas%20con%20discapacidad%20son,de%20condiciones%20con%20los%20dem%C3%A1s.>

Ospina, G., & Ospina, E. (2000). *Teoría General del Contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.

Otsu, S. C. (2005). Artículo 138. En W. G. (Coordinador), *La Constitución Comentada - Análisis artículo por artículo - Tomo II* (Vol. I, págs. 469 - 481). Lima: Gaceta Jurídica. Obtenido de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/constitucion-politica-comentada-gaceta-juridica-tomo-i.pdf>

Pereira, E. (2022). Atruismo y solidaridad en el derecho de contratos. *Revista Chilena de Derecho*, XLIX(3), 1-30. Obtenido de <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v49n3/0718-3437-rchilder-49-03-1.pdf>

Regalado Torres, M. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*, II(2), 10 - 34.

Ruiz Franco, A. (2018). Un análisis crítico del progresivo reconocimiento de los derechos vinculados a la maternidad subrogada. *Bioética y Derecho*, 41 - 56.

Rupay Allecca, L. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*(51), 103-117.

- Tejeiro, C. (2012). El sistema de contratación jurídica: un auténtico problema social, de la ciencia y la tecnología. *IUS. Revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla México*(29), 187-215. Obtenido de <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v6n29/v6n29a11.pdf>
- Torres Vásquez, A. (2018). *Acto Jurídico* (Vol. I). Lima, Perú: Jurista Editores E.I.R.L.
- Valadés, D. (2000). La Constitución y el Poder. *Pensamiento Constitucional*, 59 - 88.
- Vallejos Pérez, F., & Delgado Neyra, P. (2011). La inconstitucionalidad del Artículo 7° de la Ley General de Salud. *Investigación Facultad de Derecho*, 260-275.

Anexos

1. Formulario de encuesta a expertos en derecho

Tesis: El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la Ley General de Salud y la maternidad subrogada

Se elabora esta encuesta bajo el tenor de afirmaciones para que opinen los expertos en derecho sobre la materia del ámbito civil que comprende el tema de la maternidad subrogada vinculada con la viabilidad contractual.

I. Variable independiente: Vulneración del derecho a decidir de la familia por parte del artículo 7 de la ley general de salud

1. El derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, se enfoca en razón de la paternidad responsable, que se asume en virtud de las capacidades respecto a la paternidad y maternidad, con todos los factores que ello incluye.

a. De acuerdo

b. En desacuerdo

c. No opina

2. El contenido del artículo 7 de la Ley General de Salud controla la actividad de reproducción humana asistida en función a la condición de la madre, lo cual altera un aspecto del derecho a decidir de la

familia respecto a la capacidad de reproducción vinculada con la paternidad y maternidad.

a. De acuerdo

b. En desacuerdo

c. No opina

3. Al advertir un conflicto entre la normativa constitucional y su desarrollo legislativo en el artículo 7 de la Ley General de Salud, se precisa de regular normativamente las técnicas de reproducción humana asistida para satisfacer el derecho constitucional de la familia a decidir sobre su condición de paternidad y maternidad.

a. De acuerdo

b. En desacuerdo

c. No opina

II. Variable dependiente: Regulación del contrato de maternidad subrogada

4. La maternidad subrogada es un acuerdo que permite satisfacer la necesidad de paternidad o maternidad de ciertos sujetos sometidos a técnicas reproducción asistida que consolida su derecho constitucional a decidir como familia.

- a. De acuerdo
- b. En desacuerdo
- c. No opina

5. La ausencia de regulación de los acuerdos de maternidad subrogada, se constituye como una falta de control jurídico lo cual está provocando que su ejecución clandestina tenga como resultado, en algunos casos, vulneración de derechos por falta de límites en el ejercicio de dicha técnica de reproducción.

- a. De acuerdo
- b. En desacuerdo
- c. No opina

6. Se considera apropiada la regulación de la maternidad subrogada mediante un contrato especial que establezca pautas limitantes para su ejercicio, solo de esta manera se logrará evitar la vulneración de derechos y efectos negativos como la comercialización clandestina de estos acuerdos.

- a. De acuerdo
- b. En desacuerdo
- c. No opina

Link de la encuesta:

https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScBbJljoC-6FlID5cWe1TfPbjroueliO7ri3WskzQVJJ5MDbQ/viewform?usp=sf_link

2. Formulario de entrevista

Tesis: El derecho a decidir de la familia ante el artículo 7 de la Ley General de Salud y la maternidad subrogada

Se elabora esta entrevista bajo el tenor de afirmaciones para que opinen los expertos en derecho sobre la materia del ámbito civil que comprende el tema de la maternidad subrogada vinculada con la viabilidad contractual.

Nombre:

Institución:

Cargo:

1. ¿Considera usted que existe vulneración del derecho a decidir de la familia contemplado en el artículo 6 de la Constitución, por la aplicación del contenido del artículo 7 de la ley general de salud?
2. ¿Está de acuerdo con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida?
3. ¿Cree usted que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada estaría generando descontrol y vulneración de derechos por su ejecución clandestina?
4. ¿Qué opinión le merece la postura de regulación del contrato de maternidad subrogada?