

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN
SUBROGADA Y LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA**

Para optar : El Título Profesional de Abogado

Autores : Bach. Polo Huamuro Cesar Segundo
Bach. Valverde Cruz Julia Emilia

Asesor : Dr. Romero Giron Hilario

Línea de investigación institucional : Desarrollo humano y derechos

Área de investigación institucional : Ciencias sociales

Fecha de inicio y de culminación : 2022 - 2023

HUANCAYO – PERÚ

2024

HOJA DE JURADOS REVISORES

DR. POMA LAGOS LUIS ALBERTO

Decano de la Facultad de Derecho

DR. OSCUVILCA TAPIA ANTONIO LEOPOLDO

Docente Revisor Titular 1

DR. VIVANCO VÁSQUEZ HECTOR ARTURO

Docente Revisor Titular 2

MG. QUIÑONES INGA ROLY

Docente Revisor Titular 3

ABG. CAPCHA DELGADO GUILLERMO

Docente Revisor Suplente

DEDICATORIA

Este trabajo investigativo es dedicado especialmente a nuestros seres queridos por apoyarnos de forma incondicional.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos al todo poderoso por la vida y la fortaleza de superación, a nuestra alma mater Universidad Peruana Los Andes – Huancayo - la facultad de Derecho y Ciencias Políticas, a los docentes por su aporte en nuestra formación profesional, al Dr. Carlos Taípe Sánchez por su tiempo que de manera voluntaria nos brindó sugerencias durante el avance de nuestra investigación, de igual manera al Dr. Luis Alberto Carpio Guzmán, jefe del Servicio de Medicina Reproductiva de la Maternidad de Lima y a la Lic. en enfermería Úrsula Yulliana Guevara Mendoza, responsable de la misma unidad.

CONSTANCIA DE SIMILITUD

N ° 00162-FDCP -2023

La Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones, hace constar mediante la presente, que la **Tesis** Titulada:

EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA

Con la siguiente información:

Con Autor(es) : **BACH. POLO HUAMURO CESAR SEGUNDO**
BACH. VALVERDE CRUZ JULIA EMILIA

Facultad : **DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Escuela profesional : **DERECHO**

Asesor(a) : **DR. ROMERO GIRON HILARIO.**

Fue analizado con fecha **05/12/2023** con **95** pág.; en el Software de Prevención de Plagio (Turnitin); y con la siguiente configuración:

Excluye Bibliografía.

Excluye Citas.

Excluye Cadenas hasta 20 palabras.

Otro criterio (especificar)

X
X

El documento presenta un porcentaje de similitud de **24** %.

En tal sentido, de acuerdo a los criterios de porcentajes establecidos en el artículo N°15 del Reglamento de Uso de Software de Prevención de Plagio. Se declara, que el trabajo de investigación: ***Si contiene un porcentaje aceptable de similitud.***

Observaciones:

En señal de conformidad y verificación se firma y sella la presente constancia.

Huancayo, 05 de diciembre de 2023.



MTRA. LIZET DORIELA MANTARI MINCAMI
JEFA

Oficina de Propiedad Intelectual y Publicaciones

CONTENIDO

HOJA DE JURADOS REVISORES	II
DEDICATORIA	III
AGRADECIMIENTOS	IV
CONSTANCIA DE SIMILITUD	V
CONTENIDO	VI
CONTENIDO DE TABLAS	VIII
CONTENIDO DE FIGURAS	IX
RESUMEN.....	X
ABSTRACT	XI
INTRODUCCIÓN	XII
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	15
1.1 Descripción de la realidad problemática.....	15
1.2. Delimitación del problema	17
1.3. Formulación del problema.	17
1.3.1. Problema general.	18
1.3.2. Problemas específicos.	18
1.4. Justificación.	18
1.4.1. Justificación social.	18
1.4.2. Justificación teórica.	18
1.4.3. Justificación metodológica.	19
1.5. Objetivos	19
1.5.1. Objetivo general.	19
1.5.2. Objetivos específicos.	19
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	20
2.1. Antecedentes	20
2.2. Bases teóricas o científicas.....	29
2.3. Marco conceptual	42
CAPÍTULO III: HIPÓTESIS	45
3.1. Hipótesis general.	45
3.2. Hipótesis específicas.	45
3.3. Variables.	45
CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA	47
4.1. Método de investigación.	47
4.2. Tipo de investigación.	47
4.3. Nivel de investigación.....	47
4.4. Diseño de investigación.....	47
4.5. Población y muestra.	47
4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.	48

4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.	48
4.8. Aspectos éticos de la investigación.....	48
CAPÍTULO V: RESULTADOS	50
5.1. Descripción de resultados	50
5.2. Contratación de hipótesis.....	55
5.3. Discusión de resultados.....	57
CONCLUSIONES.....	59
RECOMENDACIONES.....	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62
ANEXOS	70
Anexo 1: Matriz de consistencia.....	70
Anexo 2: Matriz de operacionalización de variables.....	71
Anexo 3: Matriz de operacionalización del instrumento.....	72
Anexo 4: Instrumento(s) de recolección de datos.....	74
Anexo 5: Validación de Expertos respecto al instrumento.....	76
Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolecto los datos.....	89
Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos.....	90
Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas.....	92
Anexo 9: Constancia de que se aplicó la recolección de datos por parte de entidad donde se debía recolectar los datos.	93
Anexo 10: Declaración de autorización	94

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1: Operacionalización de las variables.....	46
Tabla 2: Muestra de estudio.....	48
Tabla 3: Falta de regulación sobre gestación subrogada genera desprotección legal.	50
Tabla 4 Incertidumbre jurídica en la gestación subrogada genera inseguridad	51
Tabla 5 Respeto al proyecto de vida en los derechos humanos	52
Tabla 6 Respeto al derecho a la dignidad en los derechos fundamentales.....	53
Tabla 7 Respeto al derecho a la integridad en los derechos humanos	54
Tabla 8 Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis general.....	55
Tabla 9 Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis específica 1	56
Tabla 10 Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis específica 2	56
Tabla 11 Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis específica 3	57

CONTENIDO DE FIGURAS

Figura 1 Porcentajes de la tabla 3	50
Figura 2 Porcentajes de la tabla 4	51
Figura 3 Porcentajes de la tabla 5	52
Figura4 Porcentajes de la tabla 6.....	53
Figura 5 Porcentajes de la tabla 7	54

RESUMEN

La presente investigación titulada “El vacío legal sobre gestación subrogada y los derechos fundamentales en la maternidad de Lima”, tiene por finalidad lograr incorporar en la legislación peruana una norma que proteja los derechos fundamentales de las mujeres que desean realizarse como madres ante un eventual impedimento y las que desean ceder sus vientres. Es preciso mencionar que en esta investigación se empleó el enfoque cuantitativo; el método deductivo - explicativo, se aplicó el tipo de investigación básica; donde se analizó y se contribuyó con propuestas legislativas; con un nivel explicativo observacional; diseño no experimental, transversal y descriptivo; se usó la técnica de la encuesta cuyo instrumento fue el cuestionario. Frente a este escenario se evidenció la irregularidad de la gestación subrogada en el Perú; como también, la existencia de una laguna jurídica que dificulta el control derivado de esta práctica; por consiguiente, es preciso optar por medidas explícitas que ordenen esta realidad. El único amparo es la Ley General de Salud N° 26842 artículo 7° no regula la gestación subrogada; por tanto, es una norma insuficiente en dar solución a las diversas controversias sociales y jurídicas. Al finalizar la investigación se concluyó que el vacío legal sobre este tema afecta de manera significativa los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima.

Palabras clave: El vacío legal, técnicas de reproducción asistida, gestación subrogada, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The purpose of this research entitled “The legal vacuum on surrogacy and fundamental rights in maternity in Lima” is to incorporate into Peruvian legislation a norm that protects the fundamental rights of women who wish to become mothers in the event of an eventual impediment. and those who wish to give up their bellies. It is necessary to mention that in this research the quantitative approach was used; the deductive - explanatory method, the type of basic research was applied; where legislative proposals were analyzed and contributed; with an observational explanatory level; non-experimental, transversal and descriptive correlational design; The survey technique was used, the instrument of which was the questionnaire. Faced with this scenario, the irregularity of surrogacy in Peru was evident; as well as the existence of a legal loophole that makes the control derived from this practice difficult; Consequently, it is necessary to opt for explicit measures that order this reality. The only protection is the General Health Law No 26842, article 7, which does not regulate surrogacy; Therefore, it is an insufficient standard in providing solutions to various social and legal controversies. At the end of the investigation, it was concluded that the legal vacuum on this issue significantly affects the fundamental rights of patients in the maternity hospital in Lima.

Keywords: The legal vacuum, assisted reproduction techniques, surrogacy, fundamental rights.

INTRODUCCIÓN

La evolución y transformación de la raza humana se encuentra en constante proceso, siempre tratando de procurar satisfacer sus propósitos colectivos e individuales, es así que la ciencia del derecho, como parte esencial del control social de la conducta del hombre en la sociedad, necesita adaptarse a los fenómenos sociales que inciden en el espacio jurídico. Por ello, en este trabajo de investigación se abordó y se analizó sobre el estudio de la gestación subrogada.

Internacionalmente el tema no presenta uniformidad en cuanto al dato jurídico; están los países que la prohíben (Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria y España). Otras posturas tienen los países (Reino Unido, Canadá, Brasil, Israel, entre otros) que aceptan esta práctica de forma altruista; pero, con condiciones y requisitos. Por último, se hallan los países (Ucrania, India, Rusia, algunos Estados de los Estados Unidos (San Diego y California), únicamente Tabasco y Sinaloa en México, entre otros), que consideran a la gestación por subrogación como una práctica legal. Ante las diversas posturas que se presentan, en el derecho comparado se inclinan por la regulación de esta práctica mediante las técnicas de reproducción asistida.

En el Perú, el vacío legal en la gestación subrogada es un problema que afecta directamente a los derechos humanos; Por ende, para dar adecuadamente respuesta a este preocupante tema, es necesario reflexionar cómo esta técnica afecta los derechos constitucionales al proyecto de vida, la dignidad y la integridad de las personas implicadas; este vacío en la legislación del sistema jurídico genera diversos conflictos en los intervinientes.

El núcleo social es la familia basada tradicionalmente en un matrimonio heterosexual con descendencia; pero, con el pasar del tiempo muchos de estos se ven impedidos de lograr dicha sucesión; por tal motivo, es de vital importancia el estudio integral de la subrogación materna y su inmediata regulación en el país; en este sentido, muchas mujeres ven la necesidad de recurrir al método de las técnicas de reproducción asistida con el fin de lograr un hogar con hijos, sin dejar de lado la posible afectación de la dignidad de la mujer y demás derechos fundamentales de la gestante sustituta quien es la que firma este tipo de contrato, en la legislación peruana se sitúa en el artículo N^o 1351 del derecho sustantivo civil, donde indica:

“Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” Lp Pasión por el Derecho (2022).

En estos tiempos es necesario resaltar la importancia de la evolución de la ciencia en la formación de nuevas familias y cuestionar la no regulación jurídica, teniendo en cuenta que su práctica se extiende sin control legal en el país, (lo que no está prohibido está permitido).

El Instituto Nacional Materno Perinatal de la ciudad de Lima, a través del Servicio de Medicina Reproductiva, tiene por objetivo brindar atención especializada y de calidad en reproducción asistida en baja y alta complejidad, indicado en la R.D. N° 861-2014 DG/INMPL que uno de cada seis parejas padece de infertilidad. Sin embargo, carece de facultad para realizar la intervención por medio de la técnica de gestación subrogada.

Como desarrollo del tema investigativo el capítulo primero comprende el planteamiento del problema donde se abordó la descripción de la realidad problemática, que se manifiesta mediante un fenómeno jurídico - social, enfocado en el estudio por la falta de normatividad que genera el vacío en la Ley General de Salud N° 26842 en su artículo séptimo menciona, que es derecho de todo ser humano tratar su infertilidad, poder recurrir a las prácticas de reproducción asistida y así lograr la procreación siempre y cuando la condición de la gestante y madre genética se dé en la misma persona. De igual modo se delimitó el problema de forma espacial, temporal y conceptual, a su vez se analizó la formulación del problema general y específicos, como también la justificación social, teórica y metodológica, culminando con el objetivo general y específicos de esta investigación.

En el segundo capítulo se describió el marco teórico teniendo en cuenta los antecedentes nacionales e internacionales, considerando como margen temporal los últimos cinco años; como también, las bases teóricas y el marco conceptual.

En el capítulo tercero; se abordó el tema de la hipótesis general y específicos, las variables independiente y dependiente; teniendo a la falta de regulación y la incertidumbre jurídica como dimensiones de la primera variable; por otro lado, dentro de la segunda variable se tiene al derecho al proyecto de vida, a la dignidad e integridad como dimensiones, al finalizar este capítulo se desarrolló el cuadro de operacionalización de las variables.

El capítulo cuarto se analizó la parte metodológica, donde se aplicó el método deductivo y explicativo, el tipo de investigación es pura, a su vez el nivel explicativo observacional, diseño no experimental, transversal y descriptivo, la población y muestra estuvo conformado por el total de la población y el criterio aplicado está basado en un juicio subjetivo, la técnica e instrumento de recolección de datos desarrollados fue la encuesta y el instrumento el cuestionario, la técnica en el procesamiento de datos fue la tabulación mediante el Sistema SPSS 26 y el aspecto ético de la investigación fue precisada y aplicada de forma narrativa.

En el quinto capítulo se desarrollaron los resultados, que incluye los datos demográficos, descriptivos, la contrastación de hipótesis y su correspondiente discusión. Al final del trabajo se redactó las conclusiones, sugerencias acompañadas de las referencias y anexos.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática.

La gestación por subrogación (en adelante GesSub) es una práctica que se ejecuta dentro de la técnica de reproducción asistida (TRA), bajo el procedimiento de fecundación in Vitro (FIV) aplicado en el útero de una mujer voluntaria de llevar el embarazo a cuenta de otra, comprometiéndose mediante contrato a renunciar a sus derechos y a su pretensión de ser madre.

Actualmente la práctica se da en varios países del mundo; sin embargo, no todos los estados la regulan resaltando diferentes criterios, que van desde normas que reconocen ampliamente este ejercicio, y otras que las impiden, pasando por algunos países que adoptan una posición intermedia y permiten dicha práctica de forma solidaria.

Por naturaleza la gran mayoría de las mujeres sueñan con ser madres, este anhelo llega a su fin abruptamente al tener un diagnóstico desfavorable de problemas de infertilidad impidiendo la realización de tener una familia; es por ello, que acuden a clínicas para encontrar solución a su problema a través de la FIV, lamentablemente en los establecimientos de salud pública como la maternidad de Lima no se realizan debido a la inexistencia de una norma aplicable.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) definió a la infertilidad como una patología del sistema reproductivo humano, con condiciones en pacientes que resultan en la incapacidad de concebir después de 12 meses a más, afectando aproximadamente a 48 millones de parejas en el mundo y a 186 millones de personas. Asume, que las TRA son tratamientos que incluyen la manipulación de ovocitos (embriones humanos) para lograr la fecundación.

El Servicio de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal de Lima (SMRINMPL), precisa a la esterilidad una problemática que afecta la salud pública hasta en un 30% en féminas de edad reproductiva; a su vez, señaló que en el año 2022 acudieron a visita médica parejas diagnosticados con complicaciones para engendrar, un aproximado de 3,373 atenciones y los tres primeros meses del año 2023 se realizaron 1,202 atenciones, con la finalidad de saber sobre el procedimiento de dichas (TRA). Durante la investigación, el

SMRINMPL informó que durante 7 meses se presentaron 1,080 pacientes interesados en el tema de GesSub, dando como resultado la atención con un aproximado de 155 pacientes durante un mes.

Se debe precisar que la GesSub no es solo un fenómeno legal; sino, moral, ético y social, permitiendo que el contenido sea complejo y difícil de solucionar. Hoy en el Perú no sólo existen varias clínicas especializadas en reproducción asistida; sino también, mujeres que están dispuestas a ofrecer la posibilidad de concebir a cambio de beneficios económicos en el proceso, originando consecuencias sociales y psicológicas e implicancia en la familia; del mismo modo, al bienestar de no tener autonomía reproductiva por medio de las TRA. Otro rasgo que preocupa es la posible aparición del tráfico de menores, víctimas nacidas bajo este sistema no regulado. El Estado es responsable de custodiar a los intervinientes en base a esta técnica, incluso puede darse el caso de que el menor presente algún defecto genético y sea rechazado por los intervinientes.

En el Perú la única normatividad que trata sobre las TRA es la ley general de salud (LGS) N° 26842 donde señala en el artículo 7°: *“Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de las TRA, siempre que la condición de madre genética y de la madre gestante recaiga sobre la misma persona (...)”*.

A la fecha se han firmado diversos contratos de esta índole bajo distintas acepciones; por ejemplo, “maternidad subrogada” (MatSub), “acuerdo privado de útero subrogado”, “vientre de alquiler”, etc. que originaron diferentes conflictos jurídicos llegando incluso a la Corte Suprema, (CS) como la Casación N° 5003–2007 Lima, refiere la prohibición de la ovodonación conforme a la LGS; del mismo modo se tiene la Casación N° 4323-2010 - Lima, resolviendo que la mencionada ley no priva la ovodonación y afirmó la existencia de una laguna legal, a su vez está la Casación N° 563-2011 - Lima, en este contexto la gestante vendió sus gametos a los padres contratantes, el juez declaró fundada el proceso de adopción por excepción en favor de los padres, ponderando el interés superior de la niña. Así mismo, el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional de la CS de Lima emitió la Sentencia N° 6374 - 2016, en ella el juez admitió la validez del acuerdo de la MatSub; si bien no está regulada por el ordenamiento jurídico, el deseo de

tener un hijo se debe a factores de vínculos socioemocionales. En este caso, se vio vulnerado el derecho fundamental (DerFun) del menor en cuanto a su identidad, afectando el libre desarrollo de su personalidad. Por último, se tiene la resolución (Res.) de fecha 29 de Nov - 2016 que emitió La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Gómez Murillo y otros contra el Estado de Costa Rica, reconoció en atención a la infertilidad como la mejor posibilidad de lograr un embarazo, en esta Res. ordenó al Estado que adopte medidas compensatorias para garantizar los derechos afectados de las víctimas y su no reiteración. Dispuso tomar las medidas apropiadas que garanticen la FIV y que las personas sometidas a las TRA no encuentren ningún obstáculo para su realización. Teniendo en cuenta el fundamento de la sentencia, dispuso que se regule y se implemente un método en corto tiempo para supervisar mediante una gestión de calidad a los especialistas e instituciones involucrados en esta materia.

En consecuencia, la GesSub es una técnica que ante el vacío normativo en el ordenamiento jurídico peruano se sigue realizando y vulnerando los DerFun de las personas; pese a ello, existen varios proyectos legislativos que debería ser debatidos con el propósito de regular dicha laguna normativa.

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación temporal.

La presente investigación se desarrolló, en referencia a los datos estadísticos del Servicio de Medicina Reproductiva de la Maternidad de Lima en atenciones de los pacientes durante el año 2022 y los tres primeros meses del 2023.

1.2.2. Delimitación espacial.

Se planteó esta investigación en referencia a la ausencia de una norma que proteja los DerFun sobre GesSub de los pacientes que acuden al SMRINMPL.

1.2.3. Delimitación conceptual.

La tesis describe y explica la relación del deseo de ser padres mediante la GesSub y el vacío legal (VacLeg) que existe; se desarrolló mediante las conceptualizaciones de las variables con sus respectivas dimensiones e indicadores.

1.3. Formulación del problema.

En vista de que no existe una norma que pueda identificar a la persona que pretende utilizar la técnica en la GesSub, en esta investigación se acordó denominar

a la persona que busca esta situación el término de paciente.

1.3.1. Problema general.

¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?

1.3.2. Problemas específicos.

1)- ¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?

2)- ¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?

3)- ¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?

1.4. Justificación.

1.4.1. Justificación social.

Hoy en día la tasa elevada de la procreación mediante las TRA genera desprotección a los DerFun, originado por el VacLeg sobre la GesSub; Pese a ello, la práctica se da de forma continua justificándose dentro de la infertilidad, en este estudio resalta una práctica recurrente donde los involucrados son parejas llamados padres comitentes o intencionales, quienes por alguna razón son impedidos de concebir, ya sea por infertilidad o alguna otra enfermedad.

Desde un enfoque social, son varias las instituciones en entre ellas las clínicas, centros de salud público como la maternidad de Lima que buscan la admisión legal de la GesSub protegiendo los DerFun, a su vez la inscripción de paternidad de forma inmediata en aquellas personas con dificultad de engendrar, garantizando se cumpla el deseo de ser padre mediante la FIV.

1.4.2. Justificación teórica.

Se trasladó a revisiones de teorías de los diferentes autores que integran el listado bibliográfico; de igual modo, se referenció los conceptos en la operacionalización de las variables; de la misma manera, la evidencia científica apunta a la existencia de un vacío jurídico sobre la GesSub. Teniendo en cuenta que el derecho del recién nacido y su entorno familiar deben ser protegidos a través de una legislación adecuada, en este contexto se pretende integrar la GesSub dentro de las TRA, para así establecer salvaguardias jurídicas.

1.4.3. Justificación metodológica.

En esta investigación se analizó la poca seriedad que trasmite el legislativo ante las afectaciones a la incapacidad de tener un hijo y la necesidad de acudir a las TRA por medio de la FIV; es importante comprender que en este estudio se utilizaron diversos métodos enfocados dentro de las variables, evidenciando la afectación de los DerFun frente al VacLeg sobre la GesSub.

Los avances científicos dan origen a esta posibilidad de ser padres mediante una nueva forma de vida, promoviendo así la necesidad constante de actualizar el precepto legal.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo general.

Determinar cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

1.5.2. Objetivos específicos.

- Determinar, cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

- Establecer, cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

- Determinar, cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

2.1.1. Nacionales.

Díaz (2021) en su trabajo de análisis de tesis titulada: “*Posibilidad de regulación de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano para garantizar el proyecto de vida de las personas*” para obtener el título de Abogado en la Universidad Andina del Cusco - UAC, consideró las siguientes conclusiones:

Indicó de manera concreta la necesidad de regular adecuadamente las prácticas de GesSub en el sistema legal, ya que su uso en el Perú se vuelve más visible con el tiempo. Precisamente, porque no existe una normativa que proteja a las madres biológicas, mujeres embarazadas sustitutas y los propios niños o niñas pueden ser víctimas de un delito. Es muy importante señalar que mientras exista una adecuada supervisión, los DerFun del concebido y su vínculo familiar están tutelados.

Puntualizó que, en el ordenamiento legal peruano LGS N^o 26842 art. séptimo establece que se puede tratar la infertilidad mediante la TRA, siempre que la madre genética y la subrogada sean la misma persona; es decir, no da mención a la GesSub; sin embargo, ante la presencia de una apropiada regularización se benefician todos los participantes de dicha técnica, y protege los DerFun estipulados en Constitución Política del Perú (CPP) de 1993, el Código Civil (CC) y el Código de los Niños y Adolescentes (CNA); por otra parte, se previenen los viajes de las personas limitadas de tener hijos, ya que estas acuden a países que proporciona garantías legales que permiten las TRA por medio de la FIV sobre GesSub arriesgando su economía por ser costosas.

Analizó a la GesSub en el derecho comparado y señaló que algunos países tienen disposiciones claras en su legislación permitiendo esta práctica, mientras que otros países no prevén.

Cabrera (2022) presentó su tesis: “*La regulación de la maternidad subrogada en el Perú, 2021*” para lograr el título Abogado, en la Universidad Privada del Norte, concluyó:

El autor en su investigación argumentó que, a la falta de regulaciones sobre la GesSub se lesionan derechos de las parejas encargadas y las gestantes sustitutas,

principalmente se viola el principio del interés superior del niño; pese a ello, muchas personas han sido concebidas mediante este método que cada vez se da con mayor fuerza. Precisamente las faltas de disposiciones legales fomentan las prácticas clandestinas y deja a quienes desean recurrir a esta tecnología sin protección jurídica.

Refirió que, los jueces resuelven casos específicos con base a sus propios estándares, las doctrinas, así como a ciertos ámbitos de la jurisprudencia, que contribuyen a la resolución de esta imagen jurídica, teniendo siempre en cuenta una protección orientada al bienestar del nacido.

Salazar (2020) elaboró su investigación: "*Implicancias de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social*" para adquirir el título profesional de Abogado en la Universidad Andina de Huánuco, llegó a concluir en lo siguiente:

Mencionó a la Biotecnología como medio de reproducción permitiendo que se presente con más regularidad la GesSub en la sociedad; que, ante la ausencia de su regulación origina problemas de implicancias legales en el Perú.

No obstante; concluyó que todos los conocimientos de la MatSub deben ser compilados para posteriormente unirlos en un solo argumento teórico con el propósito de ser regulada.

Indicó que, las diferentes posiciones legislativas desfavorecen de ser reglamentadas. Precisó; además, la existencia de vacíos legales en la LGS N^o 26842, ya que en su artículo 7^o describe el tema de la TRA en base a la misma mujer.

A su vez estableció que, en la praxis la regulación de esta modalidad en la TRA tiene implicaciones legales; por otro lado, manifestó que ante la coyuntura es el momento adecuado para iniciar un debate que permita aclarar la posiciones dado el progreso científico.

Finalmente, señaló que ante la expresión latina "mater semper certa est" "la madre siempre es conocida", resulta ser visible los efectos en los reglamentos vigentes sobre la filiación demostrado con el acto del parto. Consideró que este principio no es del todo definitivo bajo los criterios de tipos afectivos como el principio de interés superior del menor o la voluntad procreacional mediante la FIV.

Aco (2020) sustentó su tesis titulada: “*Regulación de la Maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019*” de la Universidad Tecnológica del Perú, con el propósito de optar el título profesional de Abogado, determinó lo siguiente:

Señaló, que el plan de vida en las personas es un modelo racional como DerFun de constituir una familia; para las mujeres infértiles constituye el poder alcanzar sus metas, sueños concebidos con libertad para desear y decidir. Si no se implementan los objetivos previstos en la GesSub se crean vacíos al pleno desarrollo de igualdad, al propósito de lograr ser madres y ejercer derechos a través de la TRA. Por lo que, es importante se normativice y se rija por las leyes nacionales.

Además, el autor refirió que la LGS N^o 26842 no tiene disposiciones expresas ni implícitas en su artículo séptimo, por lo que existe un VacLeg. Formuló que frente a una eventual reglamentación de la GesSub contribuiría al proyecto de vida de las féminas infértiles.

Meza (2021) en su tesis titulada: “*La falta de regulación de la maternidad subrogada en el distrito de Chilca, 2020*” realizado en la Universidad Peruana los Andes de la ciudad de Huancayo; quien, para optar el título profesional de Abogado, concluyó lo siguiente:

Definió que la carencia de una legislación perjudica de manera considerable deberes y derechos de aquellos padres intencionales en la provincia de Huancayo - distrito de Chilca. Para determinar su análisis realizó encuestas, donde un total de 70% mujeres manifestaron que debe existir un contrato notarial entre las partes.

En ese contexto, el autor precisó que el incumplimiento del convenio por diferentes motivos origina afectaciones jurídicas y emocionales e incluso si se da de forma solidaria, por lo que consideró que urge la existencia de disposiciones que obliguen el acuerdo para evitar contradicciones contractuales.

Expresó que, en base al resultado de la encuesta realizada a los profesionales jurídicos, todos dieron conformidad a la penalidad para aquellos médicos especializados que realicen una mala praxis en la materia aún sabiendo la falta de regulación. Por consiguiente, urge establecer una norma apropiada en la LGS en referencia a la GesSub.

2.1.2. Internacionales.

Viteri (2019) en su investigación: “*Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*” realizado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Quito-Ecuador, con la finalidad de adquirir el título de Maestría Profesional en Derecho Constitucional, concluye en los siguiente:

Sostuvo que, la GesSub es una forma de crear vida dentro de las TRA por intermedio de la FIV, utilizando un útero distinto al de la pareja que desean tener hijos de manera extracorpórea. No obstante, las preocupaciones jurídicas influyen en el replanteamiento y búsqueda de conceptos derivados de la relación entre padres e hijos, la definición de madre, la voluntad procreacional como fuente de filiación y la confrontación de valores, se ven afectados por el silencio normativo abarcando problemas jurídicos y sociales.

Precisó que, independientemente de los avances científicos logrados por la tecnología, aún se conservan legados romanos como el conocido principio “*mater semper certa est*”; asignando a la fémina que alumbró, la calidad de madre. A pesar de ello, en la realidad este principio ha perdido su naturaleza y validez.

En el vecino país de Ecuador, la falta de legislación en esta materia permite su libre desarrollo dejando en el limbo los derechos de las partes, ocasionando desprotección de contratos; existiendo el ocultamiento para no ser juzgados por la sociedad, pese a no ser ilegal.

Al discutir todas estas situaciones derivadas de la GesSub, planteó un desafío que obliga analizar la naturaleza de los derechos involucrados, expone al reto de poder sopesar y defender los valores del marco normativo sustantivo civil y provisionales que se reflejan en posiciones controvertidas principalmente en los DerFun. Por otro lado, desde una perspectiva de derechos ius naturalista, están sin duda los DerFun de maternidad, procreación, reproducción, etc., así como los derechos de identidad genética, y su significado conceptual en la determinación de nuevas formas de relaciones entre padres e hijos, pues la categoría de sujeto de derecho surge sólo cuando la ley crea un individuo o un ser humano regulando su conducta.

Básicamente se debe sesgar todos estos derechos, sobre todo el principio del interés superior del menor, de esta forma se efectúa una buena valoración de los derechos subsumidos.

Existen países que se han pronunciado por medio de artículos, normas y toda una compilación de leyes de acuerdo a sus sistemas y realidades sociales acerca de la GesSub. Con el propósito de comprender el tema sobre la disponibilidad del cuerpo dentro de un contrato, consideró que existen factores de riesgo de emprender estas prácticas que inevitablemente permiten la existencia del mercado de la oferta y la demanda, esta profesionalización de la práctica ha creado con éxito las agencias de GesSub, consolidándose claramente en un negocio que genera enormes ganancias.

Porrúa (2022) a través de su tesis titulada “*Estudio comparado de la maternidad subrogada*” de la Universidad Comillas Pontificia. Madrid – España, para optar el título Profesional en Derecho Constitucional, precisó las siguientes conclusiones:

Explicó que, los problemas causados por la infertilidad y la dificultad para obtener la adopción han creado una comprensión de la tecnología en reproducción asistida; también, representa una perspectiva legal notable desde el punto de vista jurídico, y los esfuerzos por aprobar normas uniformes en materia de GesSub se ven ensombrecidos por ideas políticas, éticas, ideológicas y religiosas que siempre están presentes en el debate.

Por tanto, el número de posiciones propuestas a nivel internacional sobre este tema es amplia y se caracteriza por una falta de uniformidad entre los diferentes ordenamientos jurídicos.

Luego de analizar las normas sobre GesSub en algunos países, afirmó la existencia de tres posiciones sobre la temática, primero es la carencia de normatividad, segundo la verificación de la práctica bajo ciertos requisitos y tercero los contratos son nulos de puro derecho. En base a ese juicio con el propósito de garantizar el derecho a la dignidad, el respeto a la integridad y resguardo de los derechos del menor, refirió que la constitución española no permite esta práctica. Hace referencia que la paternidad de los menores se determina por el nacimiento; es decir, se reconoce explícitamente que la madre es conocida, esto no impide que

se lleve a cabo en estados que cuentan con legislación, promoviendo así el turismo para conseguir el embarazo. En ese contexto aparecen dos inclinaciones de normas internacionales: por un lado, existen países que han acogido un sistema legal para que los menores nacidos por medio de la GesSub en el extranjero se inscriban en el registro civil y, por otro lado, están los países que rechazan su inscripción. En este panorama el Estado español se inclina en la primera categoría, de tal manera que la Dirección General del Registro Nacional con fecha cinco de octubre de dos mil diez, acepta la inscripción y filiación de los hijos nacidos por la práctica de GesSub junto con el fallo judicial que dictamine el órgano jurisdiccional y se demuestre el cumplimiento total de requisitos que exige para su instrucción.

El autor refirió al Tribunal Supremo español (TSE) que en su jurisprudencia descartó esta solución, por considerar que es opuesto al orden público internacional. Para Porrúa, la decisión que tuvo el alto Tribunal Europeo que ampara Derechos Humanos del caso *Menesson y Labassee vs. Francia*, no aceptó este argumento dado la primacía del interés superior del menor, principio de estricto cumplimiento ante cualquier conflicto. Por tanto, consideró que la solución ofrecida por el TSE ordenando a la Fiscalía que adopte previsiones que den garantías legales.

Porrúa concluyó; en primer lugar, se debe proteger el interés superior del menor por intermedio de la GesSub, es necesario que la inscripción se realice en el país del cual pertenecen los padres contratantes a través del registro civil. En segundo lugar, excepcionalmente se postulará a instancias supra nacionales siempre y cuando no se logre la inscripción, esto debe configurarse como una excepción y no será admisible si no cumple con los requisitos de las directrices de fecha 05 - Oct - 2010 emitidos por el registro nacional español; Finalmente, no se puede negar en absoluto que la GesSub es una realidad social que tuvo gran importancia en el siglo XX, por lo que los legisladores no pueden ignorarla. Por consiguiente, dada su importancia, es necesario lograr cierta coherencia en las decisiones jurisdiccionales nacionales y supranacionales. Por lo tanto, se debe brindar salvaguardas legales estableciendo un sistema regulatorio en el acuerdo contractual de la GesSub.

Vélez y Posada (2020) en la Universidad de la Costa (CUC), presentaron su tesis: *“La gestación subrogada: una vulneración de los derechos humanos y libertades*

fundamentales de la mujer en Colombia”, a fin de obtener el título profesional de Abogado, concluyeron:

Que, desde un enfoque objetivo de su estudio concluyeron que en el vecino país colombiano actualmente no existe una normatividad que prohíba o permita la GesSub; aunque, existieron iniciativas legislativas, sin lograr conseguir el amparo de una ley específica que regule esta técnica.

Puntualizan que la ST-968 del 2009 expedida por el TC colombiano dispuso que cuando se realice la GesSub se cumplan los siguientes requerimientos: i) Si la madre biológica tiene incapacidad para concebir, ii) Que la gestante sustituta solo aporte su útero y no sus gametos, iii) Esta práctica se lleve a cabo de forma solidaria, iv) Que la gestante sea mayor de edad, v) Que haya tenido hijos que se encuentre en buen estado de salud, vi) La gestante debe pasar por varios exámenes tanto físicos como psicológicos en todo el proceso de gestación y también pos parto., vii) Brindar a los involucrados protección a su identidad, viii) La gestante subrogada no puede desistirse de entregar al bebé, ix) Bajo ninguna circunstancia los padres intencionales deben rechazar al recién nacido. x) Si los padres biológicos fallecen durante el proceso del embarazo, el menor no quedará sin protección. Por último, solo se puede interrumpir la gestación por orden medica ante cualquier riesgo de vida de la madre o del bebé.

Debemos resaltar que la Corte Constitucional exhortó al Estado colombiano que ante la ausencia normativa se promulgue una ley de la GesSub, que solo se permita esta práctica de manera solidaria.

Bajo ningún concepto el derecho es absoluto, existen personas que tiene posiciones a favor de esta técnica y sustentan su postura defendiendo a los derechos a la libertad, la maternidad, la autonomía reproductiva y al beneficio del avance de la tecnología y la ciencia. Así mismo, se debe tener en cuenta los límites de no lesionar los derechos de las mujeres, como el derecho a la dignidad en la realización de esta técnica, (Puig, 2017). Como se hizo mención al inicio de este párrafo en el derecho nada es absoluto y citando al gran filósofo de la Ilustración Jacques Rousseau “la libertad de uno termina cuando comienza los derechos del otro”.

Holzer (2019) desarrolló su tesis titulada: “*La gestación por sustitución en Argentina*” en la Universidad Siglo 21; quien, para optar el título de Abogada, llegó a determinar lo siguiente:

Realizó una exploración detallada para analizar el problema con la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las normas legales de la GesSub en el sistema argentino? Sostuvo que, el uso de la tecnología se puede aplicar en beneficio de la maternidad o la paternidad, considerando algunos problemas en la teoría jurídica y el análisis legislativo, mencionó que existe un VacLeg para la GesSub; a su vez refirió, que el artículo 565 del actual Código Civil argentino establece la filiación al nacer, desde ese momento al recién nacido se considera hijo. El poder legal de la mujer sustituta sobre el niño es retenerlo en adelante, mientras que los padres condicionantes no tendrán derecho a demandar, precisamente por la ausencia de ley. Asimismo, indicó que al existir un VacLeg debe ser valorado por el tribunal que dicta la decisión de paternidad, ya que no establece ninguna normativa sobre la aplicación de forma solidaria o mercantil, esto en función a la indemnización de la fémina sustituta y a los centros de infertilidad que participan en el desarrollo de la TRHA; no obstante, se pueden evitar los abusos y vulneraciones de sus derechos, siempre y cuando exista una apropiada regulación.

En el primer capítulo de su tesis analizó las principales instituciones jurídicas para conocer la problemática de la GesSub, analizando detalladamente la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, con el fin de reconocer la realidad existente. Planteó el tema con la finalidad de conocer el pronunciamiento de los magistrados sobre la presencia de personas que desean implementar estas tecnologías, ya que muchos de ellos experimentan inseguridad jurídica y se sienten desprotegidos por la falta de regulación.

Señaló como potencial, los avances tecnológicos en genética, permitiendo a muchas parejas alcanzar la paternidad; a su vez, identifica la regulación de las TRHA como un tema complejo, menciona tres principios de filiación: la adopción, su naturaleza, y por las TRHA; además, señaló cambios en el contexto de prácticas sociales generando consigo nuevos desafíos para los legisladores, específicamente para la toma de decisiones basadas en la verdad social.

Holzer, conceptualizó como un estatus privilegiado a la maternidad que poseen las mujeres; no obstante, algunas de ellas no logran la sucesión, entonces aparece la GesSub como alternativa para aquellas parejas que quieran formar una familia, mediante un proceso artificial de procreación.

Precisó la inexistencia de una ley sobre la GesSub; materia que ha sido abordada mediante un proyecto de reforma; pese a ello, fue excluido. Igualmente, acentuó la existencia de una prohibición clara dentro del organismo regulador, el art. 19 de la Constitución Argentina establece que lo permitido es aquello que no está regulado.

Afirmó, la necesidad de inclusión de la GesSub en un contrato; ya que, resulta indispensable el análisis de legalidad de la obligación pactada. Sugirió redactar un precepto legal que regule la GesSub para evitar costos innecesarios, y que el Estado debería tomar medidas y reducir espacio de lagunas legales, de esa manera amparar los derechos de las partes en este desarrollo evitando el desgaste procesal.

Tamés (2020) de su revista *Feminismos y Derecho - Ciudad de México* titulada: “*Gestación subrogada en México*” llegó a determinar los siguiente:

Sostuvo, como prioridad la regularización de GesSub para aquellos que desean acudir a las TRA, como para aquellas personas que no quieren hacerlo pero que están de acuerdo con dicho ordenamiento; en base a ello, las partes relacionadas tendrán claridad en cuanto a sus derechos como a sus obligaciones. Por ello, el Estado debe garantizar dando la facultad a quienes desean hacer uso de las TRA mediante la FIV sin marginación o favoritismo.

Señaló, que el tema de la GesSub es muy complicado por el enfoque de controversias que se presentan hasta en el ámbito internacional de los derechos reproductivos; debiendo tomarse en cuenta diversos factores como la nacionalidad del menor. Añadió que al parecer en su natal México es viable la aprobación de leyes que restringen la conducta en las personas específicamente en las partes.

2.2. Bases teóricas o científicas.

2.2.1. Concepto de maternidad.

Toda mujer experimenta la dicha maternal desde el embarazo con los cuidados debidos y con una alimentación adecuada; a su vez, resaltan un sin número de emociones relacionados al amor y la protección ante la espera de ver al nacido.

Rupay (2018) mencionó a la maternidad como “el estado o cualidad de madre” que señala la Academia de la Lengua Española (RAE). Definiendo a aquella mujer que da a luz y la relación que se inicia en ese momento entre ambos. De la perspectiva jurídica, la maternidad está comprendida en el régimen jurídico de la filiación, en ese marco el neonato forma parte de la descendencia por medio de los progenitores, desde ese instante la madre toma responsabilidad del hijo en todo aspecto del desarrollo personal.

2.2.1.1 La maternidad como proceso.

Molina et al. (2014) indican que, la maternidad se inicia con el embarazo, durante esta etapa de nueve meses de gestación se dan cambios físicos y psicológicos según los momentos de vivencia, como los sentimientos encontrados de felicidad, melancolía, angustia, tristeza, preocupación, miedo, esperanza, etc. Por todo ello, la maternidad trae consigo un proceso de transformación personal, nace el vínculo afectivo con mayor intensidad durante el parto, desde allí el cuidado y dedicación con el hijo.

2.2.1.2. La maternidad como una responsabilidad.

La maternidad responsable lleva en si una labor de contribución al desarrollo de los hijos, mediante la crianza y cuidados durante toda la vida, para ello la maternidad debe ser deseada e implica derechos y obligaciones, tener un ambiente familiar armonioso ofreciendo al hijo amor, seguridad y confianza.

2.2.1.3. La maternidad como identidad.

Paricio y Polo (2021) publicaron el artículo referente a la maternidad e identidad materna en la revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría. Señalaron que el ser madre nace por medio de las experiencias que se van transformando a lo largo del embarazo, parto y crianza, por medio del cual se va edificando una nueva identidad maternal.

La maternidad biológica al sufrir cambios hormonales provocan muchos discursos sociales que originan conflictos propios al proceso reproductivo, por ejemplo: subida de peso, bajo rendimiento físico, malformaciones en el vientre llamadas estrías produciendo cicatrices.

Los autores citaron al psiquiatra Daniel Stern, quien fue uno de los pioneros en estudiar cómo influye la relación entre madre-bebé dentro de su vida interna de la madre; afirmando, que con el nacimiento del bebé se origina también el nacimiento de la psiquis materna; es decir, surge una nueva identidad en base al sentimiento de madre.

2.2.2. Concepto de la infertilidad.

Regalado (2016) mencionó a la OMS quien define como trastorno que dificulta el poder lograr consolidar una familia, se presenta mediante la incapacidad gestacional de manera normal o con intervención clínica después tener relaciones sexuales sin protección como mínimo doce meses a más, originando problemas de salud mental, física, psicológica hasta religioso; producto de ello nace sentimientos de miedo, culpa, depresión, ansiedad y lo preocupante es la pérdida de la dignidad al no sentirse valorada o estimada por los demás.

2.2.3. Técnicas de reproducción asistida.

Rey (2021) anunció que, las TRA son procedimientos que incluyan manipulación de ovocitos, espermatozoides, o embriones humanos para implantar un embarazo. Indicó que existen dos tipos de TRA:

- a. La intercorporea como la inseminación artificial intrauterina, en la cual se estimula de forma suave los ovarios con inyecciones subcutáneas por un periodo mínimo de 7 días. Posterior a ello se introduce el semen procesado.
- b. La extracorpórea viene a ser la fecundación In vitro, se da con la transferencia de embriones; proceso en el cual los gametos femeninos y masculinos son unidos en un plato experimental de laboratorio y posteriormente ser implantados en el aparato reproductivo femenino.

Lupa (2017) manifestó a la carta magna peruana vigente, que en su segundo articulado nombra una serie de DerFun, sin nombrar el derecho a la procreación; no obstante explícitamente hace mención en el art. 3° donde puntualiza: “Los derechos

establecidos en su capítulo primero no excluyen a los demás derechos que ella garantiza; así como también, otros derechos de análoga naturaleza o que se fundan en la dignidad del hombre”, refirió que la misma ley suprema expresa: “Las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce que se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los DDHH y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

2.2.4. Distintos escenarios sobre las técnicas de reproducción asistida.

Arévalo (2022) el autor presentó tres escenarios en base a la MatSub:

- Primer escenario, se lleva a cabo cuando los óvulos de la madre comitente son fecundados juntamente con el espermatozoide formando un embrión para luego ser trasladados a la fémina que llevará la gestación.
- Segundo escenario, no es necesario la TRA extracorpórea con la FIV cuando la fémina gesta con sus propios óvulos para otra, en este caso realiza la inseminación artificial.
- Por último, una tercera mujer dona el óvulo para ser fecundado con el gameto masculino y luego ser trasplantado a la mujer que desea llevar la gestación.

Para Varsi (2017) sostuvo que en el Perú no prevé impedimento en cuanto a la fecundación extracorpórea mediante la ovodonación, lo mismo sucede con la embriodonación dentro de la GesSub. Teóricamente se limita bajo los principios: La madre se prueba con el acto del parto referido al art. 409 del CC; de igual modo, la LGS art. 7^o señala la naturaleza de madre recae en la misma mujer.

Para la página Lp Pasión por el Derecho, la MatSub o útero subrogado intervienen tres sujetos: El padre, la madre genética y la mujer sustituta, el primero dona sus espermatozoides, la segunda cede sus óvulos y la tercera es quien lleva el proceso de gestación, mediante la FIV.

2.2.5. Concepto de gestación subrogada con diferentes denominaciones

Estrada (2018) citó a Sánchez (2010), quien definió a la GesSub como la técnica donde una mujer en calidad de madre portadora se obliga a procrear un hijo por medio FIV o TRA para terceros denominados comitentes, desistiendo a su derecho la filiación que tiene por el menor.

Aco (2020) citó a Moran y Gonzales (2013) quienes definieron a la GesSub como el contrato donde una persona que padece de infecundidad, requiere de otra que lleve todo el desarrollo del embarazo, por medio de la subrogación con gametos donados o no, a través de una en compensación económica o de manera altruista.

La GesSub a nivel mundial presenta diversas denominaciones verbigracia: Gestación por sustitución; así como, maternidad por sustitución, otra sección es arriendo el vientre, gestación por cuenta ajena o cuenta de otro; también está la llamada madre portadora y no se puede dejar de nombrar a la madre subrogada, entre otros.

2.2.6. Clasificación de gestación subrogada.

Rupay (2018) indicó:

2.2.6.1. Por la procedencia de los gametos.

- **Subrogación total:** Este escenario adopta el término de inseminación artificial heteróloga, se expone con la aceptación de la fémina gestante de ser fecundada con el espermatozoide del padre biológico, aportando sus propios óvulos para lograr gestar y al término del parto debe entregar al recién nacido, como también sustraerse a todo derecho de madre; reconocer la adopción del menor por la madre intencional.
- **Subrogación parcial:** También llamada gestacional, por el cual la fémina embarazada se compromete llevar únicamente los gametos fecundados de los padres intencionales por intermedio de la FIV.

2.2.6.2. De acuerdo con la existencia o inexistencia de contraprestación.

- **Subrogación comercial:** Procedimiento donde una mujer acepta llevar el embarazo para otra persona a cambio de cierta cantidad de dinero anticipadamente con ciertos términos y condiciones acordado en un contrato.
- **Subrogación altruista:** Proceso mediante el cual una mujer se compromete de forma solidaria a fecundar a un hijo para otra, este escenario es muy recurrente cuando existe cierta relación o parentesco entre las partes.

2.2.7. Complicaciones y/o consecuencias de una gestación subrogada.

La GesSub es una TRA controvertido por no ser reconocido en el marco ético-jurídico en la sociedad; sin embargo, la persona tiene autonomía de decidir la libre disponibilidad de su cuerpo, en tal sentido salvaguardar la herencia genética.

Olza (2021), argumentó la existencia de riesgos en el periodo gestacional debido a que algunas mujeres presentan complicaciones obstétricas de peligro hasta poder perder el feto o tener un embarazo ectópico esta se da cuando el óvulo implantado crece en las trompas de Falopio; pudiendo causar la ruptura. Por ello se debe tomar en cuenta que todo embarazo tiene riesgos, es necesario que las mujeres que desean dar su vientre de forma solidaria (GesSub) estén informadas.

La GesSub se realiza mediante un contrato para evitar futuros desacuerdos ya que ante la existencia de una complicación gestacional se pueda exigir el cumplimiento del convenio; de la misma forma, los padres encargados pueden requerir con derecho si la gestante incumple los acuerdos.

2.2.8. Teorías que aceptan y prohíben la gestación subrogada.

2.2.8.1. Teorías a favor de la gestación subrogada.

En el informe de investigación, Estrada (2018) sostiene la existencia de una admisión amplia de aceptación y considera a la GesSub como una praxis legal en países como Georgia, India, Ucrania, Rusia, algunos estados de EEUU y de México – Tabasco, entre otros. En esta misma línea cita a Lamm (2012:18) en base a la regulación y flexibilización (...). Muchos países están regularizando esta práctica con la finalidad de dar solución a las dificultades legales que presenta la GesSub. Por ejemplo, el autor indica la postura que tiene Rusia en el Código de Familia de su Federación y la Ley Federal de Salud – Lamm (2012: 17) resalta una síntesis del código de familia que señala en su artículo 51 punto 4:

En la actualidad vivimos en constante desarrollo de la tecnología implantadas en las ciencias biológicas y como resultado de ello están las disciplinas como la genética, la biotecnología, la biología molecular, como también en la biogenética y la bioética, que trabajan en el cuerpo humano en referencia a las TRA en sus diversas formas. En el país existen varias clínicas que se dedican a la realización de la inseminación artificial y la fecundación extracorpórea, como también el Banco de

Semen, permitiendo así el nacimiento de un nuevo ser humano por medio de un laboratorio.

Este trabajo de investigación tiene por finalidad dar a conocer el VacLeg existente en el ordenamiento jurídico, causando inseguridad en el contrato entre los intervinientes. Por ende, es de suma importancia que se regule dentro del sistema jurídico protegiendo los DerFun de la mujer gestante, del nacido y de los padres biológicos, tales derechos están constituidos en el Código Civil, la actual Constitución Política peruana y el Código del Niño y Adolescente. Los factores de salud que regulan la GesSub en Rusia se encuentran en la Orden 67 del Ministerio de Salud Pública. Como requisito para que una mujer pueda acceder a este procedimiento es la siguiente: La edad promedio de las mujeres aptas deben ser de 20 a 35 años; además, haber gestado un hijo y encontrarse en buen salud corporal y psicológica, ofreciendo libremente de manera voluntaria su vientre para dicho procedimiento.

Se admite el embarazo por la subrogación gestacional, en primer lugar, para un matrimonio. No obstante, sobre este punto se ha modificado extendiéndose el estado civil del favorecido.

Se sustenta la teoría en los siguientes puntos:

- a)- Autonomía de voluntad.** - Es la decisión que toma la persona con respecto a sus acciones, en este sentido si una mujer puede gestar para otra estaría ayudando a la pareja comitente a lograr formar el proyecto de familia; al prohibir la GesSub iría contra la libertad de decidir de la persona.
- b)- Disposición del propio cuerpo.** - Aco (2020) citó a (Rivera, 1994) explicó que la GesSub se da cuando una mujer subroga su vientre para gestar para otra. Entendiéndose su libertad de disponer de su cuerpo en base a decisiones que mejor considere, lógicamente respetando las buenas costumbres y el orden público.
- c)- Principio de solidaridad.** - Siguiendo la línea Aco, citó a (Mosquera 1997) quien indicó, que no existe compensación económica mediante el principio de subrogación porque la mujer acepta gestar al niño para otra por la técnica de subrogación con la finalidad de ayudar de manera generosa. En tal sentido puede ofrecer su capacidad reproductiva de forma altruista.

2.2.8.2. Teorías en contra de la gestación subrogada.

Estrada, a su vez citó a (Lamm,2012:11) quien indicó que en esta postura se prohíbe declarando sin efecto cualquier acuerdo sobre la GesSub en países como Francia, España, Alemania, Suecia, Suiza, Austria. Por ejemplo, Lamm recogió un extracto de la ley alemana sobre la protección del embrión N^o 754/90 del 13/12/90; donde prescribe que recibirá sanción con multa o será privados de su libertad hasta con tres años: i) Los que transfieran a una mujer el gameto femenino de otra; ii) A quienes inseminen de forma artificial un óvulo con distinto fin a los de iniciar un embarazo que no sea la mujer de quien proviene el gameto; iii) Los que no fecundaran de forma natural un embrión y lo transfieran a una fémina que posteriormente será entregado a terceros.

Dentro de los desacuerdos sobre esta teoría se encuentran:

- a) **Identidad del menor.** – Con respecto al interés superior del niño, el autor mencionó a Valdez (2014) quien expresó que conforme la Convención Interamericana comprende una lista de acciones con la finalidad de garantizar el buen desarrollo de una vida digna del menor. En base a este principio se ha intentado impedir la GesSub porque considera que el menor es objeto de contrato; sin embargo, estos contratos recaen entre los intervinientes como son las parejas comitentes y la fémina que decide prestar su vientre y alumbrar con libertad de decisión.
- b) **Incumplimiento de contratos.** – El objeto es la reproducción de la fémina sustituta de manera voluntaria, en este contexto no existe el comercio; por ello, se realiza un contrato de adhesión donde una de los intervinientes define el contenido y la otra parte acepta, ante la infracción de lo acordado entre las partes se quebrantaría el contrato trasladándose al ámbito jurídico.
- c) **Comercialización ilegal.** – Existen diversas posturas de juristas que defienden esta teoría, refieren que la fémina no está excepto al comercio como función reproductora, no pudiendo ser sometida a la lógica contractual ignorándose la autonomía de voluntad y la decisión libre de elegir.

2.2.9. Problemática de la gestación subrogada.

La MatSub altruista como TRA que permite la realización de ser padres; este método no tiene claridad dentro de la regulación ocasionando agravios económicos, jurídicos y sociales; por tanto, evidencia la necesidad de reglamentarla.

2.2.9.1. Aspecto social.

La GesSub por medio de la TRA no figura dentro del ordenamiento, a pesar de que su realización es efectiva; en consecuencia, es necesario se regularice ajustándose a los intereses en protección de los DerFun.

En estos tiempos muchas féminas posponen el deseo de ser madres por diversos motivos que condicionan su entorno, prefieren realizarse profesionalmente y para ello dedican tiempo completo al trabajo y al estudio. Al conseguir un mejor sustento en base a sus objetivos, planifican formar una familia, lamentablemente un porcentaje de ellas no sabían que eran estériles por diferentes causas, algunas no pueden ovular, otras por alguna enfermedad. Por este motivo, muchas ven truncada dicho anhelo.

Existen parejas que necesariamente desean someterse a las TRA por intermedio de FIV en la GesSub. Es entonces, donde se inicia la preocupante problemática; porque, al acudir a los centros especializados en infertilidad se sienten conmovidos por el difícil procedimiento y el costo elevado que esto implica; así mismo, descubren el VacLeg en esta materia; debido, a que cuando nazca el bebé es registrado con los apellidos de la fémina subrogante que dio a luz tal como establece el código civil; todo ello, les genera duda, desmotivación, tristeza y un sin fin de problemas psicológicos. Este método es alarmante e inalcanzable debido al costo aproximado de 20 mil dólares a más en una clínica privada en el Perú. Las TRA por medio de la FIV no se dan en los hospitales como la maternidad de Lima.

En las redes sociales se ven publicaciones solicitando a féminas que estén dispuestas a ceder su vientre; como también publicidades de féminas que desean gestar y dar a luz para otra. En este caso el sistema privado de esta práctica es el único beneficiado opacando los DDHH. En tanto, su regulación varía en diferentes estados, dando origen al fenómeno del turismo reproductivo, donde malos

profesionales de la salud hacen su negocio como proveedores de gestantes de alquiler y de medicinas por medio del denominado pacientes sin fronteras.

Existen casos donde las parejas que desean procrear prefieren ir a países que dan legalidad a la TRA en base a la GesSub, con la finalidad de que el niño sea reconocido como suyo dentro de la nacionalidad de los padres.

Otro punto preocupante es que al finalizar el embarazo la gestante subrogada se encariñe y no desee entregar al recién nacido tal como fue acordado o exija beneficios económicos posteriores al parto. En ese contexto es evidente los problemas sociales que se presentan en la GesSub.

2.2.9.2. Aspecto jurídico.

La ausencia de una norma sobre TRA en la sociedad cada día cobra mayor importancia, originando discrepancias en el orden jurídico. Usualmente se presenta el tema de filiación o incumplimiento del contrato a raíz de la gestación logrado por medio de esta técnica.

El artículo 7^o de la LGS, precisa sólo una condición para lograr la maternidad por TRA, pero no del todo claro, porque no prohíbe ni admite la GesSub dando origen a su realización de manera clandestina, debido a la existencia de clínicas especializadas que buscan lucrar con esta práctica.

Al respecto, es considerable decir que existe violación a la primacía de la norma fundamental vigente, por la vulneración de leyes constitucionales a la autodeterminación reproductiva, la libre autonomía de la personalidad y protección de la familia, privando a las personas que desean tener hijos a través del método FIV.

Por otra parte, se infringe al principio de la suprema norma arriba en mención, que preceptúa en su segunda cláusula de los derechos de la persona, inciso 24, “A la libertad y a la seguridad personales”, existe observancia al principio que decreta en el literal “a”: “*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe*”.

La jurisprudencia peruana ha dictaminado de diferentes maneras sobre la GesSub, que influye desfavorablemente la certeza jurídica. Muestra de ello es pronunciamiento de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el recurso de casación N° 5003-2007- Lima. Exponiendo que no se

ha cumplido con la LGS N° 26842, donde la madre que ofreció sus genes y la mujer gestante no son la misma persona, en consecuencia, resuelve entregar a la menor a la mujer que alumbró. Por otra parte, en el Exp. N° 183515-2006-00113 del Décimo Quinto Juzgado de Familia de Lima, mencionó en su sentencia que existe un vacío en la ley última mencionada, puntualizando que no prohíbe ni acepta esta praxis y en consecuencia no debe considerarse ilícita.

Ambos expedientes tienen distintos puntos de vista al interpretar la norma; sin embargo, se debe tomar en consideración de no vulnerar los derechos constitucionales de los intervinientes. Estos dos escenarios evidencian problemas jurídicos que se originaron por la falta de una norma que regule esta práctica, a su vez impide una clara interpretación del mencionado artículo.

2.2.9.3. Aspecto económico.

La GesSub es un negocio lucrativo para aquellas instituciones que dan oportunidad a parejas deseosas de convertirse en padres; sin embargo, no es un comercio. La fémina que gesta no cobra por el acto generoso de procrear para otra; no existiendo así, el beneficio económico personal. Es así que el efecto económico total se determina cuando se reúnan los requisitos legales de la prestación.

Por otra parte, se da la posibilidad de la existencia de agencias involucradas en captar féminas sanas en situaciones vulnerables para que generen dinero; ofreciendo paquetes con sol, playa y bebé a un elevado costo. Estos sectores tratan de sesgar el tema económico, puntualizando que entre las partes intervinientes de esta técnica se da por una relación de reciprocidad y que si existe un pago dinerario es debido al gasto que estos generan, desde antes, durante y después del parto.

2.2.10. Normatividad adecuada e iniciativas legislativas.

Es necesario que se plantee lineamientos sobre GesSub para evitar controversias jurídicas. La LGS N° 26842 aborda la temática sobre reproducción asistida de una manera laxa; Pese a ello, se han presentado distintos proyectos legislativos (Proy. Leg.) para conseguir una norma que brinde seguridad jurídica a este tema.

En el Congreso de la República del Perú, desde hace 20 años se han presentado distintos Proyectos:

Proy. Leg. del 13/Set/2001 N° 685/ 2001-CR, que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida presentados por el ex congresista Calderón Castillo Iván integrante del partido político “Unión Parlamentaria Descentralista”, planteó los convenios de GesSub:

Son nulos los acuerdos que deriven de la GesSub, de modo que los casos de filiación se establecerán por la fecundación; Así mismo, dejó la facultad de que la paternidad sea solicitada por el padre biológico, establecido en reglas generales.

Se tiene el Proy. de ley N° 1722/2012-CR- del 15/Nov/2012 presentado por el partido nacionalista “Gana Perú”, proponía la prohibición de la GesSub. Precisa en su décimo artículo, que los contratos tendrán la calidad de nulos de pleno derecho sean estos acordados a título oneroso o solidario y que es decisión de la gestante de renunciar su derecho de filiación.

En cuanto al derecho de filiación de los neonatos por GesSub se debe determinar por la procreación, y que los padres intencionales se sustraigan de la posibilidad de paternidad.

Proy. de ley N° 2003/2012-CR del 11/Mar/2012, del ex parlamentario Rodríguez Zavaleta Elías, del movimiento político “Concertación Parlamentaria”, propone que el artículo séptimo de la LGS N° 26842 sea modificado. Este proyecto hizo referencia a la modificación del artículo arriba en mención y señala que todo ser humano que tiene problemas de infertilidad tiene derecho a su tratamiento, con la finalidad de que el matrimonio o concubinato se consolide como familia por el intermedio de las TRA. Esta técnica debe ser autorizada por un juez de familia y/o mixto donde residen los solicitantes, adjuntando el certificado médico de incapacidad gestacional.

En ese contexto se consignan diversos proyectos legislativos como:

Proy. de ley N° 2839-2013-CR Ley que modifica el art. 7^o de la LGS- el ex congresista Vicente Antonio Zeballos Salinas del Grupo Parlamentario Solidaridad Nacional, cuyo objetivo de esta ley es la modificación del mencionado art. Plantea que la maternidad sustituta parcial y solidaria. Implantándose el embrión en el vientre de la mujer mediante la FIV y poder concebir un nuevo ser.

El Dictamen N^o 06-2020-2021 recaído en los proyectos de ley 3313/2018-CR, 3404/2018-CR y 3542/2018 aprobada por mayoría en la tercera sesión ordinaria de la comisión, el 26 de mayo del 2020.

- Proyecto Ley 3313/2018-CR, presentado por el Grupo Parlamentario Alianza Para el Progreso, a iniciativa del Sr. Richard Acuña Núñez, propone la ley que garantiza el acceso a TRHA reconocidas por la OMS a su vez reconocer la infertilidad como enfermedad, con el objetivo de otorgar posibilidades de solución necesarios para el fin de la procreación humana.

- Proyecto Ley 3404/2018-CR, presentado por la señora Estelita Sonia Bustos Espinoza, propone la ley que regule los requisitos y procedimientos de la maternidad solidaria mediante la TRA como derecho a ser madre. Tiene por finalidad modificar el art. 7^o de la LGS con el fin de evitar vacíos legislativos, se añade que terceras personas opten por la colaboración de dicha técnica sin fines de lucro, es decir de forma solidaria; a su vez, contar con establecimientos de salud públicos y privados con protocolos médicos.

- Proyecto Ley 3542/2018-CR, presentado por la Cédula Parlamentaria Aprista, a iniciativa de la señora Luciana León Romero, propone la ley que regula el uso y acceso de forma integral a las TRHA por parte de la población. Así como los requisitos que deben cumplir los centros de salud como los equipos biométricos interdisciplinarios, la promoción de la investigación biomédica, los derechos y obligaciones de los usuarios o beneficiarios que se sometan a este tipo de práctica médica.

2.2.11. Vacío legal.

Coca (2021) precisó al vacío como la omisión de una norma, en este caso esta conceptualizado en los términos o definiciones distintas como el defecto o deficiencia de la ley; en tal sentido, el VacLeg es tratado en la doctrina como laguna jurídica.

2.2.11.1. Falta de regulación.

Segura (1989) afirmó, que es la ausencia de una norma en un ordenamiento jurídico que regule una determinada circunstancia; el autor citando a Engisch dice que la falta es la insuficiencia del derecho positivo; las mismas que tiene por objetivo regular la disposición del poder, los deberes y derechos de los habitantes y

su lazo entre estos por medio de políticas públicas, en beneficio de una adecuada convivencia social.

2.2.11.2. Incertidumbre jurídica.

Fernández (2018) en el diario La Razón de México, precisó que según la RAE definió como la ausencia o falta de certidumbre o claridad ante un hecho jurídico, originando serios riesgos para aquellos que necesitan ser amparados por la legalidad.

2.2.12. Derechos fundamentales.

Landa (2017) son derechos elementales que tiene toda personas y está basado en su dignidad, constituyéndose como fundamento del Estado conjuntamente con la sociedad plasmados en las Constituciones de todos los países que se rigen por un estado democrático, siendo derechos inalienables, inviolables e irrenunciables.

2.2.12.1. Derecho al Proyecto de vida.

Ramírez et al (2021) explicaron este tema como propósito de existencia que tienen las personas al tomar decisiones con toda libertad, siendo una elección que el hombre adopta para engendrar capacidades al proyecto de vida familiar basado en el futuro.

2.2.12.2. Derecho a la dignidad como principio.

Es un principio como valor que toda persona se atribuye, generador de derechos que permiten realizar el desarrollo de la personalidad. Este derecho está estipulado en la vigente Constitución de la República peruana, art. 1^o- Defensa de la persona humana- "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*". Nadie puede ni tiene el derecho de humillar o maltratar, todo ser humano debe ser tratado con igualdad y respeto por su propia naturaleza.

En la sentencia del Tribunal Constitucional peruano del 2007 en el Exp. N° 10087-2005-PA/TC, determinó en el quinto punto que la dignidad es relevante e indicador de los DerFun, porque representa un valor y un principio que protege nuestra norma fundamental, impidiendo al Estado con el poder coercitivo que tiene abuse de ella. En el fundamento 6° establece que la dignidad humana es la raíz de los DDHH.

La STC (2004) en el Exp. N° 2945-2003-AA/TC, señaló en los puntos décimo noveno y siguiente, que el valor de la dignidad como base alcanza en igual medida a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales para conseguir el más alto nivel de eficacia sobre el valor de la persona, que se alcanza protegiendo a todos en su conjunto. El Estado a través de este principio actúa siempre respetando todos los DerFun.

2.2.12.3. Derecho a la integridad.

Afanador (2002) indicó, que este derecho es considerado como un conjunto de facultades físicas, psíquicas y morales que permiten la supervivencia de toda persona, dando la seguridad para evitar sufrimiento en sus tres dimensiones. La primera refiere al bienestar físico del individuo, protegido de toda agresión que afecte o lesione su cuerpo y las dos últimas es la plenitud de las facultades morales, intelectuales y emocionales.

La Constitución Política peruana vigente señala en el artículo 2^o sobre derechos fundamentales de la persona humana, que establece el derecho a la integridad, numeral 1- indica que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad en sus tres dimensiones, moral, psíquica y física permitiendo a la persona su libre desarrollo dentro de la sociedad.

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Legislación.

Rubio (1980) puntualizó que es un término que tiene dos conceptos fundamentales; primero es definido como el conjunto de preceptos legales de alcance general como las constituciones, leyes, decretos y resoluciones que no son judiciales y que son producidas por un Estado y segundo es considerado como fuente formal de derecho.

2.3.2. Desprotección legal.

Congreso de la República del Perú (2016) definió como aquella situación de peligro de desprotección familiar al no existir una norma aplicable se da desprotección legal del ejercicio del derecho de las personas que se encuentran vulneradas por diferentes circunstancias afectando su desarrollo integral. Situación que requiere la intervención del Estado.

2.3.3. Inseguridad jurídica.

Juanan (2022) indicó que es entendida como la circunstancias de no contar con normas adecuadas, eficiente y eficaces para la resolución de conflictos, y que ubica al justiciable carente de predictibilidad o en el limbo jurídico.

2.3.4. Formar una familia.

Los hombres y mujeres tienen derecho a fundar una familia y poder disfrutar de ella. Ello, otorga a cada sujeto el compromiso entre sí y juntos criar a sus hijos. En este sentido, el Estado brinda salvaguarda en concordancia con los fundamentos consagrados en la norma fundamental vigente en su artículo 4° dispone: *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”*.

2.3.5. Valor humano.

López (2014), es el atributo subjetivo que tiene toda persona, estos valores son enfocados en el comportamiento de acuerdo a su creencia en el campo de la economía, política, ética, religión, científico, jurídico, etc. Permitiendo la convivencia de forma justa con un valor esencial de dignidad, que se construye bajo tres principios de beneficencia, privacidad y autonomía de la persona.

2.3.6. Respeto.

Delgado (2020), precisó al respeto como una cualidad que tienen las personas en base a los valores morales, como comprender y valorar sus necesidades e intereses. Se presentan una infinidad de acciones donde se demuestra el respeto mutuo; por ejemplo, ser tolerantes con quien no piensa de la misma manera para tener una relación sana.

2.3.7. Daño.

Pastrana (2017), definió al daño como elemento primordial para la constitución en un análisis de tipo material en temas referidos a responsabilidad civil; es decir, presupone el acontecimiento de un acto que daña un interés protegido por la ley, originando perjuicio y produciendo resultados desfavorables que afectan la protección jurídica que tiene un sujeto de derecho, sea este de carácter patrimonial o no. En este sentido, se encuentra el daño moral, psicológico y físico.

Por lo primero Jordana, (2021) citó a Carballal, quien señaló al daño moral como un atentado contra la personalidad afectando en la medida que genera el buen desenvolvimiento en cuanto a las actividades relacionados con la familia, trabajo y círculo social; según González (2019) el daño psicológico afecta la integridad de una persona y su estabilidad emocional; por haber vivido un episodio traumático lesionando los sentimientos y manifestándose en el sufrimiento. Para Vielma (2008) el daño físico es definido como la afectación al organismo, originado de manera natural o negligente y de forma temporal o permanente que sufre una persona.

CAPÍTULO III: HIPÓTESIS

3.1. Hipótesis general.

El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

3.2. Hipótesis específicas.

* El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

* El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental a la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

* El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental a la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

3.3. Variables.

3.3.1. Variable independiente:

El Vacío Legal sobre gestación subrogada. - Es la laguna existente en un ordenamiento jurídico en referencia a la técnica de reproducción asistida de la GesSub. Donde una fémina se compromete a gestar un bebe para otra y posteriormente entregará al recién nacido renunciando al derecho de madre.

3.3.2. Variable dependiente:

Derechos fundamentales. - Son derechos inherentes que tiene todo ser humano desde su concepción como por ejemplo es el derecho a la dignidad, identidad, integridad, libertad, etc.

3.3.3. Operacionalización de las Variables.

Tabla 1

Operacionalización de las variables.

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
Variable independiente: EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA	Se define como la ausencia de una normatividad que hace referencia al acuerdo de forma oneroso o altruista de una fémina a comprometerse a procrear un bebé para una pareja llamados intencionales, con la finalidad de entregar posteriormente al bebé.	Se tomó en cuenta para esta variable de estudio, el proceso de las dimensiones del vacío legal sobre gestación subrogada.	-Falta de regulación -Incertidumbre jurídica	-Desprotección legal -Inseguridad jurídica	Nominal-Dicotómica.
Variable dependiente: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad como fin supremo de la sociedad.	Se tomó en cuenta para esta variable de estudio, el proceso de las dimensiones de los derechos fundamentales.	-Derecho al proyecto de vida. -Derecho a la dignidad. -Derecho a la integridad	-Formar una familia. -Valor humano -Respeto -Daño moral -Daño psicológico -Daño físico.	Nominal-Dicotómica

CAPÍTULO IV: METODOLOGÍA

4.1. Método de investigación.

El presente trabajo se realizó con un enfoque metodológico cuantitativo, es una investigación jurídica, debido a que toda la información recolectada es de carácter jurídico las cuales ayudó a la construcción del marco teórico. Esta investigación corresponde al estudio de ausencia de la legislación sobre GesSub y su relación con los derechos fundamentales el mismo que se encuentra en el ordenamiento jurídico, cumpliendo el método sistemático.

4.1.1. Método deductivo explicativo.

Se empleó una teoría partiendo de reglas generales, definiciones y proposiciones que posteriormente aclaran hechos particulares.

Está dirigido a responder causas del evento social y su relación con las variables.

4.1.2 Método de análisis de datos.

Estadística descriptiva

4.2. Tipo de investigación.

Es básica, es también llamada investigación pura ya que se analizó y contribuyó a la investigación.

4.3. Nivel de investigación.

La investigación tiene un nivel explicativo observacional debido a que se explicó de forma metódica y sistemática las características que presenta el problema y el grado de relación que existe entre las dos variables.

4.4. Diseño de investigación.

Es no experimental porque no se manipuló las variables; a su vez, es transversal porque los datos fueron recogidos en un solo momento y es descriptivo porque su finalidad es describir las variables.

$$F(x)=Y$$

4.5. Población y muestra.

Población: Según información SMRINMPL estuvo integrada por 1.080 pacientes que asistieron a consulta durante 7 meses, donde se infiere que al mes se atendió un

promedio de 155 atenciones. Se aplicó la fórmula y la muestra representativa equivale a 115 pacientes que buscan someterse a la GesSub.

Muestra: La muestra de estudio es no probabilístico

Tabla 2

Muestra de estudio.

La pareja que desea tener acceso a la GesSub	115
Total	100 %

4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Se aplicó la técnica de la encuesta a personas que necesariamente tenga conocimiento del tema, y no se desarrolla un diálogo. Teniendo como instrumento al cuestionario.

4.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos.

Se aplicó la técnica de la tabulación recogidos del procesamiento de datos, se realizó el análisis mediante el sistema SPSS 26.

4.8. Aspectos éticos de la investigación.

Este estudio de tesis es original, fue desarrollado con responsabilidad, rigurosidad, seriedad rigiéndonos al estricto respeto de las siguientes normas del artículo 20 del Código de Ética de la Universidad Peruana los Andes.

- a. Ejecutar investigaciones pertinentes, originales y coherentes con las líneas de investigación, Institucional.
- b. Proceder con rigor científico asegurando la validez, la fiabilidad y credibilidad de sus métodos, fuentes y datos.
- c. Asumir en todo momento la responsabilidad de la investigación, siendo conscientes de las consecuencias individuales, sociales y académicas que se derivan de la misma.
- e. Garantizar la confidencialidad y anonimato de las personas involucradas en la investigación, excepto cuando se acuerde lo contrario.
- g. Tratar con sigilo la información obtenida y no utilizarla para el lucro personal ilícito o para otros propósitos distintos de los fines de la investigación.

- h. Cumplir con las normas institucionales, nacionales e internacionales que regulen la investigación, como las que velan por la protección de los sujetos humanos, sujetos animales y la protección del ambiente.
- i. Revelar los conflictos de intereses que puedan presentarse en sus distintos roles como autor, evaluador y asesor.
- j. En las publicaciones científicas, deben evitar incurrir en las siguientes faltas deontológicas:
- Falsificar o inventar datos total o parcialmente con fines de ajuste, tergiversar o sesgar los resultados de la investigación
 - Plagiar lo publicado por otros autores de manera total o parcial.
 - Incluir como autor a quien no ha contribuido sustancialmente al diseño y realización del trabajo
 - Publicar repetidamente los mismos hallazgos.
- k. Publicar los trabajos de investigación en estricto cumplimiento al Reglamento de Propiedad Intelectual de la Universidad Peruana Los Andes y normas referidas a derecho de autor.

CAPÍTULO V: RESULTADOS

5.1. Descripción de resultados

La población es de 115 encuestados en base a 24 preguntas, aplicados por medio de la tecnología del formulario Google Forms. Permitiendo obtener la información según opinión de los pacientes respecto al VacLeg sobre GesSub. Los resultados estadísticos de esta investigación se dan en función de las variables, dimensiones e indicadores de forma agrupada.

5.1.1. Variable independiente: El vacío legal sobre gestación subrogada.

Dimensión: Falta de regulación.

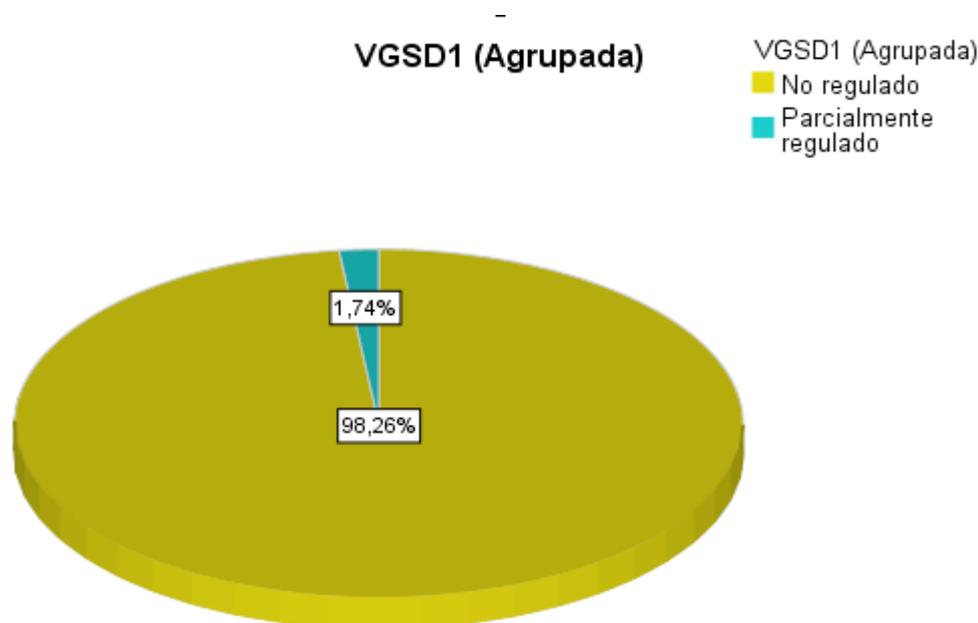
Tabla 3

Falta de regulación sobre gestación subrogada genera desprotección legal.

	F	%
No regulado	113	98,3
Parcialmente regulado	2	1,7
Total	115	100,0

Figura 1

Porcentajes de la tabla 3



Interpretación: De un total de 115 encuestadas por la falta de regulación ante el VacLeg sobre GesSub, el 98,26% consideró que no está regulado generando desprotección legal, mientras el 1,74% indicó que está parcialmente regulado.

Dimensión: Incertidumbre jurídica

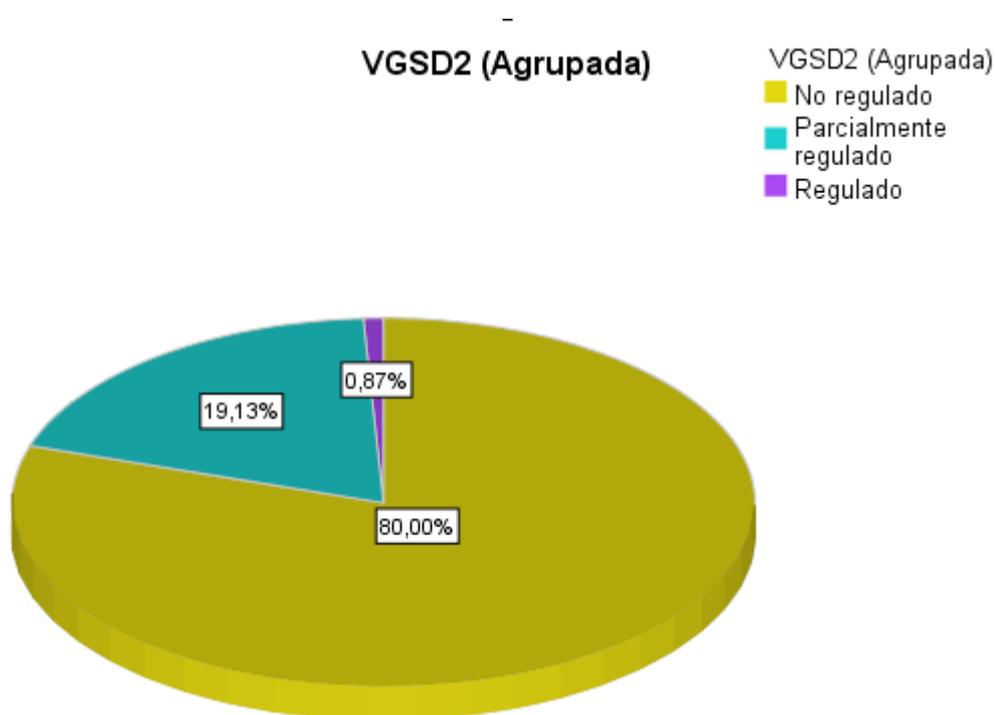
Tabla 4

Incertidumbre jurídica en la gestación subrogada genera inseguridad.

	F	%
No regulado	92	80,0
Parcialmente regulado	22	19,1
Regulado	1	,9
Total	115	100,0

Figura 2

Porcentajes de la tabla 4



Interpretación: De un total de 115 encuestadas sobre la pregunta si al no encontrarse regulado la gestación subrogada genera incertidumbre jurídica, el 80,0 % consideró que no está regulado y evidencian inseguridad jurídica, el 19,13% indicó que está parcialmente regulado, mientras el 0,87% precisó que está regulado.

5.1.2 Variable dependiente: Derechos fundamentales.

Dimensión: Derecho al proyecto de vida

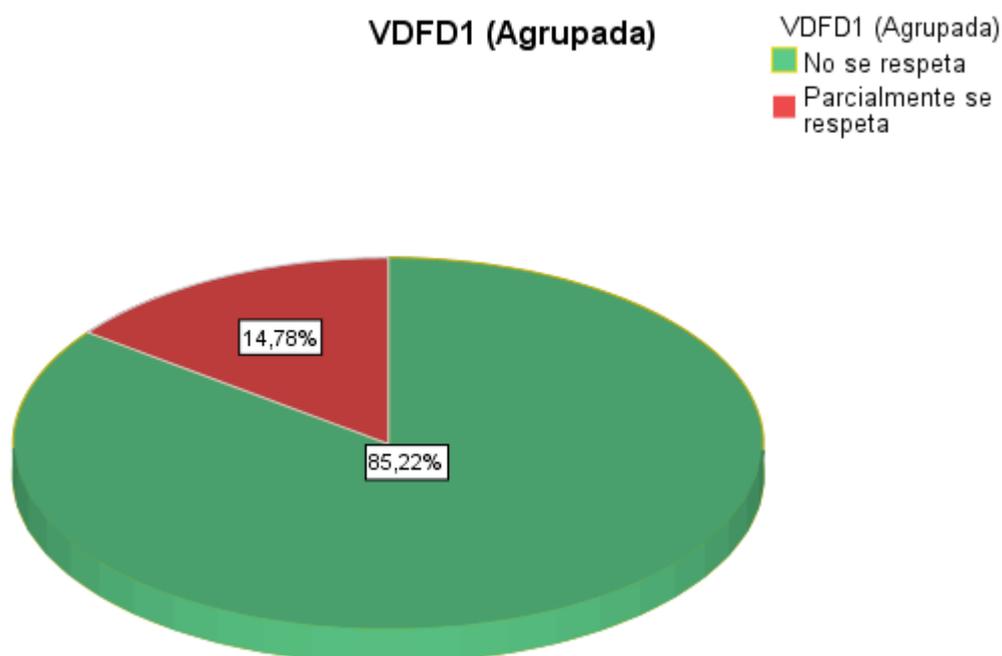
Tabla 5

Respeto al proyecto de vida en los derechos humanos.

	F	%
No se respeta	98	85,2
Parcialmente se respeta	17	14,8
Total	115	100,0

Figura 3

Porcentajes de la tabla 5



Interpretación: De un total de 115 encuestadas, a la pregunta si se respeta el proyecto de vida en los DerFun ante el vacío legal sobre la GesSub; el 85,22 % consideró que no se respeta, el 14,78% indicó que parcialmente se respeta.

Dimensión: Derecho a la dignidad

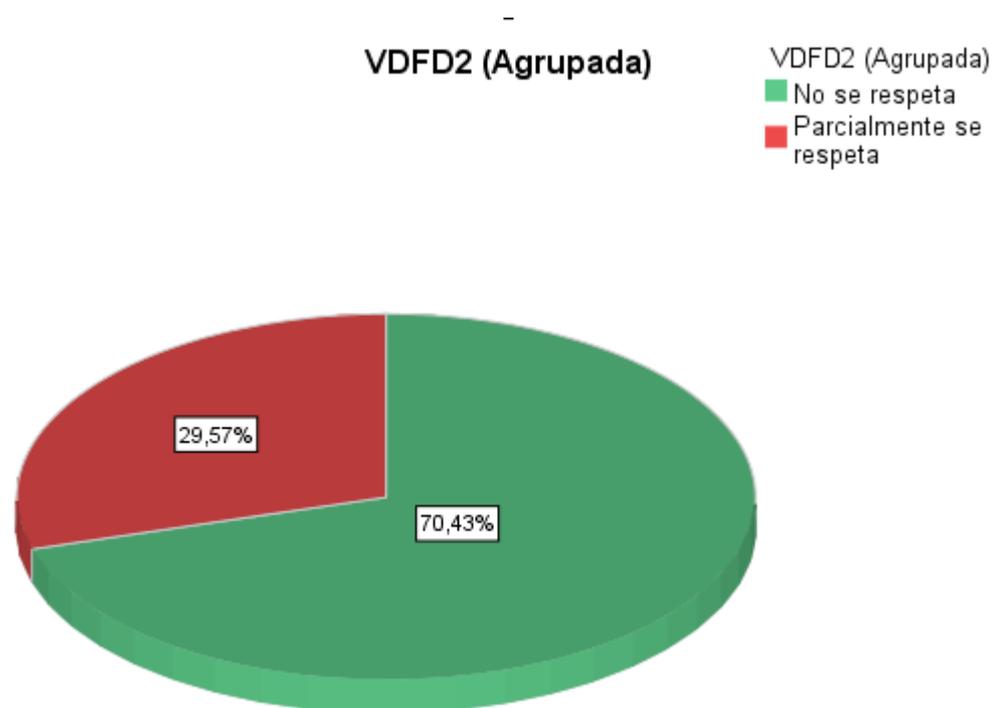
Tabla 6

Respeto al derecho a la dignidad en los derechos fundamentales.

	F	%
No se respeta	81	70,4
Parcialmente se respeta	34	29,6
Total	115	100,0

Figura 4

Porcentajes de la tabla 6



Interpretación: Interpretación: De un total de 115 encuestadas, a la pregunta si se respeta el derecho a la dignidad en los DerFun ante el VacLeg sobre la GesSub; el 70,43 % consideró que no se respeta, el 29,57% indicó que parcialmente se respeta.

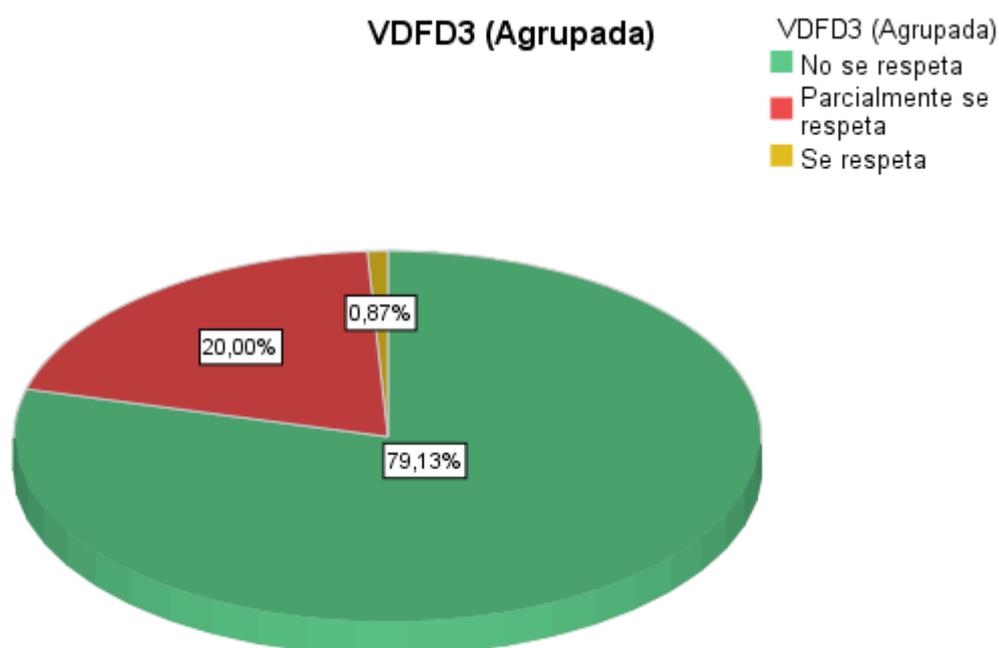
Dimensión: Derecho a la integridad.

Tabla 7

Respeto al derecho a la integridad en los derechos humanos.

	F	%
No se respeta	91	79,1
Parcialmente se respeta	23	20,0
Se respeta	1	,9
Total	115	100,0

Figura 5

Porcentajes de la tabla 7

Interpretación: De un total de 115 encuestadas, si se respeta el derecho a la integridad como DerFun ante el VacLeg sobre la GesSub; el 79,13 % consideró que no se respeta, el 20,0 % indicó que parcialmente se respeta, mientras que el 0,87% precisó que se respeta.

5.2. Contrastación de hipótesis

Se empleó un 95 % de nivel de confianza y un 5% de nivel de significancia; asimismo, se utilizó la prueba X^2 (p-valor = 0,05) para determinar el vínculo entre las dos variables de estudio. Y por ello se aplicó la prueba de Mantel-Haenszel para la determinación de la influencia.

Hipótesis general

H_0 = El vacío legal sobre gestación subrogada no afecta significativamente los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima 2023.

H_1 = El vacío legal sobre gestación subrogada afecta significativamente los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima 2023.

A continuación, se muestra el resultado de la prueba en el software SPSS 26.

Tabla 8

Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis general

	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	4,793	1	,029

El estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Interpretación: El resultado para el indicador de eficiencia es de 0, 029 es menor a 0,05 por el cual no se admite la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alterna, cuya interpretación es que el VacLeg sobre GesSub si vulnera significativamente los DerFun de los pacientes en la maternidad de Lima 2023.

Hipótesis específicas

Prueba de la primera hipótesis específica.

H_0 = El vacío legal sobre gestación subrogada no afecta significativamente el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

H_1 = El vacío legal sobre gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

Tabla 9

Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis específica 1

	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	7,143	1	,008

El estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Interpretación: El resultado para el indicador de eficiencia es de 0,008 menor a 0,05 por lo cual se rechaza la hipótesis nula y se acepta la hipótesis alterna, cuya interpretación es que el VacLeg sobre GesSub si vulnera significativamente el DerFun al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima 2023.

Prueba de la segunda hipótesis específica.

H_0 = El vacío legal sobre la gestación subrogada no afecta significativamente el derecho fundamental a la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

H_1 = El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el DerFun a la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

Tabla 10

Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis específica 2

	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	,112	1	,738

El estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Interpretación: El resultado para la hipótesis específica 2, es de 0,738 de eficiencia que es mayor a 0,05 de significancia por lo cual se rechaza la H_1 y se acepta la H_0 . Cuya interpretación es que el VacLeg sobre GesSub no vulnera significativamente el derecho fundamental a la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima 2023.

Prueba de la tercera hipótesis específica.

H_0 = El vacío legal sobre la gestación subrogada no afecta significativamente el DerFun a la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

H_1 = El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el DerFun a la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.

Tabla 11

Prueba Mantel-Haenszel de la hipótesis específica 3

	Chi cuadrado	df	Significación asintótica (bilateral)
Mantel-Haenszel	7,184	1	,007

El estadístico de Mantel-Haenszel siempre se distribuye de forma asintótica como 1 distribución de chi-cuadrado de gl. Tenga en cuenta que la corrección de continuidad se elimina del estadístico de Mantel-Haenszel cuando la suma de las diferencias entre lo observado y lo esperado es 0.

Interpretación: El resultado para el indicador de eficiencia es de $0,007 < 0,05$ por lo cual se admite la hipótesis alternativa, cuya interpretación es que el VacLeg sobre GesSub si vulnera significativamente el derecho fundamental a la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima 2023.

5.3. Discusión de resultados.

Primera discusión: El propósito de este estudio fue responder a la pregunta si los DerFun son afectados al no ser aceptada en el ordenamiento jurídico peruano la GesSub de las personas que no pueden fecundar, generando redactar el objetivo para determinar esta afectación. Los resultados obtenidos (p -valor = $0,029$) señala que, sí, existe dicha vulneración ya que la significancia asintótica bilateral es de $0,029 < 0,05$ nivel de significancia.

Se concluye que los DerFun son afectados al no ser aceptada la GesSub por las normas peruanas. Resultado que coincide con el estudio de Díaz en su tesis en base a la probable regulación de la MatSub en el sistema legal peruano, que garantice el futuro de vida de la madre genética, mujer gestante sustituta y al propio niño. Debe estar debidamente regulada, y no ser afectados de un lícito penal que violen los derechos constitucionales.

Segunda discusión: Tiene como fin dar respuesta a la pregunta si existe afectación ante el vacío legal sobre la gestación subrogada al proyecto de vida de las personas que tienen impedimento de procrear como un derecho fundamental, cuyo objetivo es determinar que hay afectación. Los resultados obtenidos es $0,008 < 0,05$ nivel de significancia.

Como conclusión; Podemos precisar que el derecho fundamental al proyecto de vida de las personas que tienen discapacidad para gestar, son afectados al no estar regulado en la legislación peruana, teniendo correspondencia con Aco (2020) que en su investigación sobre la temática “Regulación de la Maternidad

subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa 2019”, donde señala la existencia de una laguna jurídica sobre la GesSub en la Ley General de Salud debido a que esta técnica no está regulada ni expresa ni tácitamente.

Como sustento a esta discusión, Ramírez et al (2021) señalaron que el ser humano posee la libertad para elegir diferentes posibilidades para desarrollarse con respecto al proyecto de vida, permitiéndole conducir y alcanzar el destino que se propone.

Tercera discusión: En este estudio se pretende responder al interrogante si el VacLeg afecta el DerFun a la dignidad de las personas imposibilitadas de llevar un embarazo. Teniendo como objetivo establecer si se evidencia dicha afectación. Los resultados obtenidos del (p-valor) = 0,738 señala que es mayor de 0,05 de significancia, por la cual se rechaza la hipótesis alterna y se acepta la hipótesis nula.

Como conclusión; se citó a Llontop (2021) en su tesis titulada “La MatSub y su aplicación en el derecho peruano” manifestó que la libertad reproductiva es un derecho que se encuentra de manera implícita dentro del derecho fundamental de la salud y el libre desarrollo de la personalidad. Precisó que el Estado tiene la obligación de velar por la dignidad y los derechos de los intervinientes en la GesSub.

Ovalle (2018) citó a Noriega quien señaló a la dignidad humana como fundamento de todos los derechos humanos; asimismo, es la cualidad o valor propio y supremo de toda persona durante todas las etapas de su vida.

Cuarta discusión: Esta investigación tiene por finalidad dar respuesta a la pregunta de qué manera el derecho fundamental a la integridad de las personas incapacitadas de gestar es afectada por la falta de una normatividad. Se tiene como objetivo determinar dicha afectación. El resultado obtenido del valor de significancia es de $0,007 < 0,05$ nivel de significancia; se acepta la hipótesis alterna.

Como conclusión: Cieza (2021) señaló que el derecho a la salud está relacionado con el derecho a la integridad; en la CPP está establecida el derecho a la integridad en el artículo 2^o sobre los DerFun de la persona humana, numeral 1.

CONCLUSIONES

La gestación subrogada, es una técnica de reproducción asistida que consiste en implantar un embrión en el útero de una mujer, quien gestará al nasciturus y éste cuando nazca es entregado a los padres intencionales, previa firma de un contrato. Esta práctica se evidencia mucho más con el transcurrir del tiempo, generando problemas jurídicos y sociales en el Perú y en el mundo; donde su tratamiento regulatorio internacional presenta tres posturas en dicha materia, una admisión amplia, su prohibición total y la admisión solo de forma altruista con ciertos requisitos y condiciones.

Primera conclusión: La LGS N^o 26842 es la única norma que hace mención a la infertilidad; pero, no del todo claro, originando un limbo jurídico complejo en la gestación subrogada. Este VacLeg ha evidenciado desprotección jurídica a los intervinientes, propiciando tenga un carácter mercantilista muy costoso para acceder a esta práctica y origina diversos delitos, vulnerando de manera significativa los DerFun al proyecto de vida de las madres intencionales, así como al derecho a la dignidad e integridad de las gestantes subrogadas. Tal como muestra la prueba de independencia condicional con un resultado del indicador de significancia asintótica bilateral de 0,029 menor a 0,05 por lo que se rechaza la hipótesis nula.

Segunda conclusión: En el ordenamiento jurídico peruano no está reglamentada la gestación subrogada, existen diversas interpretaciones sobre el artículo 7^o de la LGS N^o 26842 que específicamente no menciona la GesSub; sin embargo, se realiza en diversas clínicas dentro de las TRA, generando incertidumbre al momento de esperar una decisión judicial o administrativa sobre la identidad del recién nacido. En el derecho constitucional se simplifica lo jurídico que señala “solo está permitido al Estado aquello que expresamente le ha sido conferido”, por esa razón, lo que no está prohibido está permitido. En esta investigación se llegó a la conclusión de la afectación al proyecto de vida demostrado mediante la prueba de independencia condicional dando como resultado que el indicador de significancia asintótica bilateral es de 0,008 la cual es menor a 0,05 por lo tanto se rechaza la hipótesis nula.

Tercera conclusión: El indicador de significancia asintótica bilateral de la investigación es de 0,738 siendo mayor a 0,05 de significancia, por lo que se rechaza la hipótesis alternativa. Sin embargo, de acuerdo a la tabla 6 respecto al derecho a la dignidad de los DerFun se evidenció que el 70,4% del total de los encuestados indicaron que no se respeta este derecho; Pese a ello, existe mujeres que ofrecen en alquiler su capacidad reproductiva por necesidades económicas al mejor postor a través de diferentes redes sociales, comprometiéndose gestar un hijo para otra; (<https://www.facebook.com/papitos2018>) sin valorar las consecuencias o riesgos que podría ocasionar en su salud e inclusive la vida, siendo un claro manifiesto de menoscabo del derecho fundamental a la dignidad de la gestante subrogada.

Cuarta conclusión: Esta investigación tiene por finalidad garantizar una vida integra sin vulneración al derecho de la integridad de los intervinientes, por el VacLeg de la GesSub dentro de las TRA. Pese que en la actualidad existe el Dictamen N^o 06-2020-2021 que aprueba diferentes proyectos de ley a favor de la GesSub; sin embargo, a la fecha la ley no es aprobada por el Pleno del Congreso.

Se tiene como resultado el valor de significancia asintótica bilateral de 0,007 que es menor a 0,05 por lo que se acepta la hipótesis alterna.

RECOMENDACIONES

Primera recomendación: Que ante el evidente vacío legal que presenta la técnica sobre gestación subrogada en este país, urge que el Estado peruano a través del poder legislativo, los expertos doctrinarios, los operadores del derecho aporten en la legislación de manera directa esta figura jurídica para la promulgación de normas precisas que acepten esta práctica, evitando de esta manera se sigan vulnerando los DerFun de los pacientes que recurren a esta técnica diagnosticados con impedimento de procreación.

Segunda recomendación: La modificación del artículo 7^o de la LGS N^o 26842 a favor de la gestación subrogada mediante FIV por ser una nueva forma de crear familia como proyecto de vida, brindando seguridad jurídica dentro del ordenamiento legal. Pues, este artículo solo precisa que la condición de madre genética y la gestante recaen en la misma mujer que desea convertirse en madre, evidenciando la inexistencia de una norma sobre la GesSub.

Tercera recomendación: Al Estado peruano como alternativa de solución ante la evidente y real práctica cada vez más común; opte por la postura de admisión de la gestación subrogada solo de forma altruista y bajo ciertos términos y condiciones como la certificación médica de incapacidad procreacional, donde la gestante reciba una compensación económica necesario para el cuidado y protección de ella y del bebé. De esta manera, se evitaría la mercantilización de un vientre y consecuentemente no se vulneraría el DerFun a la dignidad de la subrogada.

Cuarta recomendación: Los contratos que se realicen a través de esta técnica de GesSub deben realizarse mediante la autorización de un juez de familia o notario público, donde el recién nacido salga de la clínica u hospital inscrito con los apellidos de los padres contratantes, de esa manera se protegerá el derecho a la integridad. Es necesario que la GesSub por medio de TRA se lleve cabo de forma integral en los centros de servicios de salud como la maternidad de Lima.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aco Murguía, C. L. (2020). *Regulación de la Maternidad Subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019*. Tesis, Arequipa. Recuperado el 20 de febrero de 2023, de file:///C:/Users/DR-PC/Desktop/TESIS/SEMANA%204/UTPCarmen%20Aco_Tesis_Titulo%20Profesional_2020.pdf
- Alondra, D. E. (2021). *Posibilidad de regular la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano para garantizar el proyecto de vida de las personas*. Tesis, Puerto Maldonado. Recuperado el 21 de febrero de 2023, de https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4632/Alondra_Tesis_bachiller_2021.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Arévalo Martos, Carmen Rocío. (30 de junio de 2022). La maternidad subrogada en la reproducción humana asistida. *Urp.edu.pe*. Obtenido de <https://revistas.urp.edu.pe/index.php/Inkarri/article/view/4632/6517#toc>
- Chauca, A. A. (2020). *Implicancias jurídicas de la regulación en la maternidad subrogada como parte de una realidad social*. Tesis, Huanuco. Recuperado el 20 de febrero de 2023, de file:///C:/Users/DR-PC/Desktop/TESIS/SEMANA%204/TESIS%20HUANUCO%20SALAZAR%20CHAUCA,%20ANDR%C3%89S%20ALEJO.pdf
- Coca Guzmán, S. J. (30 de junio de 2021). *Pasión por el derecho*. Recuperado el 24 de febrero de 2023, de <https://lpderecho.pe/vacios-ley-articulo-x-titulo-preliminar-codigo->

tecnologica-del-peru/instituciones-del-derecho-civil/dialnet-la-dignidad-humana-y-los-derechos-fundamentales-7793041/18415331

González Márquez, C. (06 de febrero de 2019). *Blog/ Psicología Sanitaria y Forense*. Obtenido de

<https://www.celiagonzalezmarquez.com/%EF%BB%BFdiferencias-entre-dano-moral-y-dano-psiquico/>

Holzer, M. J. (2019). *LA gestación por sustitución en Argentina*. Tesis. Recuperado el 23 de febrero de 2023, de

<https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/17536/HOLZER%20MARIA%20JULIETA.pdf?sequence=1>

Isabel, A. C. (diciembre de 2002). El derecho a la identidad personal - elementos para su análisis. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, 9(30), 19.

Recuperado el 25 de febrero de 2023, de <https://www.redalyc.org/pdf/105/10503008.pdf>

Jacoba, C. D. (2022). *La regulación de la maternidad subrogada en el Perú, 2021*.

Tesis, Lima. Recuperado el 20 de febrero de 2023, de <file:///C:/Users/DR-PC/Desktop/TESIS/SEMANA%204/tesis%20UPNCabrera%20Delgado,%20Lucinda%20Jacoba.pdf>

Jordana, S. (2021). *Daño moral y daño psicológico tras sufrir un suceso traumático*. Palma Mallorca - Inca - MANacor - Barcelona: Blog de Mente

Forense. Recuperado el 10 de marzo de 2023, de <https://www.menteforense.com/dano-moral-y-dano-psicologico/>

Juanan. (23 de setiembre de 2022). *Billin.net/Blog*. Obtenido de

<https://www.billin.net/blog/inseguridad-juridica/>

- Landa Arrollo, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Recuperado el 14 de junio de 2023, de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170363/Los%20derechos%20fundamentales.pdf>
- Llontop Fiestas, J. (2021). *La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano*. Obtenido de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/5304/DER_2120.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Llontop Fiestas, J. d. (2021). *La maternidad subrogada y su aplicación en el derecho peruano*. Recuperado el 30 de mayo de 2023, de file:///C:/Users/DR-PC/Desktop/TESIS/PROYECTO%20TESIS/SEMANA%204/PIURA%20-%20LLONTOP%20...TESISDER_2120.pdf
- López Gómez, J. R. (2014). *La dignidad humana*. Recuperado el 19 de marzo de 2023, de http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-71382014000100002#:~:text=Uno%20de%20los%20valores%20fundamentales,y%20el%20principio%20de%20privacidad.
- Lupa Yucra, M. G. (2017). *¿Existe el derecho humanos a la procreación?* Obtenido de <https://lpderecho.pe/existe-derecho-humano-la-procreacion/>
- Mesa Chanca, L. W. (2021). *La falta de regulación de la maternidad subrogada en el distrito de Chilca-2020*. Tesis, Huancayo. Recuperado el 21 de febrero de 2023, de <http://informatica.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/3739/TESIS%20->

%20LIVID%20WILLIAM%20MEZA%20CHANCA.pdf?sequence=1&is

A

Molina Marín, , G., Ruiz Rodriguez, M., & Cáceres Manrique, Flor de María.

(septiembre de 2014). Maternidad: un proceso con didtintos matices y consrucción de Vínculos. *Aquichan- - ISSN 1657-5997*, 14(3), 11. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v14n3/v14n3a04.pdf>

Olza, I. (2021). Aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva

de salud mental, holística y feminista. *Instituto Europeo Salud Mental Perinatal*.

Obtenido

de

<https://saludmentalperinatal.es/2019/01/29/aspectos-medicos-de-la-gestacion-subrogada-desde-una-perspectiva-de-salud-mental-holistica-y-feminista/#:~:text=%E2%80%9CUna%20gestante%20subrogada%20tiene%20unos,el%20caso%20de%20gestaciones%20m%C3%BAltiples%E2%80%9C>

Ovalle Bazán, M. I. (17 de septiembre de 2018). la dignidad humana como límite

al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucionl de Chile.

Dikaion Revista de Fundamentación Jurídica, 28, núm. 1, pp. 35-68,

2019(1). Recuperado el 25 de febrero de 2023, de

<https://www.redalyc.org/journal/720/72060572002/html/>

Paricio del Castillo, R., & Polo Usaola, C. (2021). Maternidad e identidad materna:

destrucción terapéuta de narrativas. *Revista de la Asociación Española de*

Neuropsiquiatría , 40(138). Obtenido de

[https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352020000200003)

[57352020000200003](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0211-57352020000200003)

- Pastrana Espinal, F. (10 de marzo de 2017). *Lp Pasión por el derecho*. Obtenido de <https://lpderecho.pe/la-clasificacion-de-los-danos-en-la-responsabilidad-civil-2/>
- Perú, C. d. (31 de 11 de 2016). *Desprotección de la familia*. Obtenido de [https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1297_\(2\).pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1297_(2).pdf)
- Porrúa Perea, V. (2022). *Estudio comparado de la maternidad subrogada*. Madrid. Recuperado el 23 de febrero de 2023, de <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/59853/TFG%20-%20Porrúa%20Perea%2C%20Virginia.pdf?sequence=1>
- Ramírez Hidalgo, V., Chávez Villegas, K. L., & Mata Ventura, O. A. (2021). *El derecho fundamental a un proyecto de vida digna en el Salvador*. San Miguel, El Salvador. Recuperado el 25 de febrero de 2023, de <https://ri.ues.edu.sv/id/eprint/26905/1/%C2%A8EL%20DERECHO%20FUNDAMENTAL%20A%20UN%20PROYECTO%20DE%20VIDA%20DIGNA%20EN%20EL%20SALVADOR%C2%A8.pdf>
- Regalado Torres, M. D. (25 de noviembre de 2016). Efectos, Consecuencias y regulación de la maternidad subrogada. *Femeris*, 2(2), 25. Recuperado el 10 de marzo de 2023, de [file:///C:/Users/DR-PC/Desktop/TESIS/PROYECTO%20TESIS/SEMANA%205/infertilidad%20OMS%20Regalado-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4441-1-10-20170728%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DR-PC/Desktop/TESIS/PROYECTO%20TESIS/SEMANA%205/infertilidad%20OMS%20Regalado-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4441-1-10-20170728%20(1).pdf)
- Rey Medina, W. (01 de junio de 2021). *¡Sangre de mi sangre! ¡Y mía también! Una solución a la maternidad subrogada*. Obtenido de Lp Pasión por el Derecho:

<https://lpderecho.pe/solucion-maternidad-subrogada/#:~:text=En%20la%20maternidad%20subrogada%20o,de%20la%20Fecundaci%C3%B3n%20in%20vitro.>

Rubio Correa, M. (1980). *La legislación como fuente de derecho en el Perú*.

Obtenido de <file:///C:/Users/DR-PC/Downloads/Dialnet-LaLegislacionComoFuenteDeDerechoEnElPeru-5084892.pdf>

Rupay Allca, L. K. (2018). Maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú:

Problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad Asociación Civil* 51.

Obtenido de [file:///C:/Users/seguridad/Downloads/20862-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83022-1-10-20190530%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/seguridad/Downloads/20862-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83022-1-10-20190530%20(2).pdf)

Rupay Allca, L. K. (08 de octubre de 2018). La maternidad subrogada gestacional

altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Revista Derecho & Sociedad, N° 51, Octubre 2018 / ISSN 2079-3634*, 15. Recuperado el 24 de febrero de 2023, de [file:///C:/Users/DR-PC/Downloads/20862-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83022-1-10-20190530%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DR-PC/Downloads/20862-Texto%20del%20art%C3%ADculo-83022-1-10-20190530%20(1).pdf)

Segura Ortega, M. (1989). *El problema de las lagunas en el derecho*. Recuperado

el 14 de junio de 2023, de <file:///C:/Users/DR-PC/Downloads/Dialnet-ElProblemaDeLasLagunasEnElDerecho-1985307.pdf>

Tamés Noriega, R. (2020). Gestación subrogada en México. *Feminismo y derecho*,

19. Recuperado el 23 de febrero de 2023, de [https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/2022-](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/2022-03/8.%20Gestacio%CC%81n%20subrogada%20en%20Me%CC%81xico%20.pdf)

[03/8.%20Gestacio%CC%81n%20subrogada%20en%20Me%CC%81xico%20.pdf](https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documentos/2022-03/8.%20Gestacio%CC%81n%20subrogada%20en%20Me%CC%81xico%20.pdf)

- Varsi-Rospigliosi, E. (2010). Derecho Genético: principios generales. *Repositorio Institucional*. Obtenido de <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/5088>
- Vélez Alvarado, L. y. (2020). *La Gestación subrogada: una vulneración de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer en Colombia*. Tesis, Barranquilla. Recuperado el 23 de febrero de 2023, de <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/8948/La%20gestaci%C3%B3n%20subrogada.%20una%20vulneraci%C3%B3n%20de%20los%20derechos%20humanos%20y%20libertades%20fundamentales%20de%20la%20mujer%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Vielma MEndoza, Y. (2008). *El daño corporal. Concepto y valoración* (Primera ed.). Salamanca, España. Recuperado el 12 de Junio de 2023, de https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/139507/DDP_VielmaMendozaY_Da%C3%B1ocorporal.pdf?sequence=1
- Viteri Sánchez, M. F. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador*. Tesis, Quito. Recuperado el 22 de febrero de 2023, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia.

Título: El vacío legal sobre gestación subrogada y los derechos fundamentales en la maternidad de lima, 2023.

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	VARIABLES	MARCO TEÓRICO	MÉTODOS
¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?	Determinar cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente los derechos fundamentales de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	VI: El vacío legal sobre Gestación subrogada. VD: Derechos Fundamentales	1. Antecedentes 2. Bases teóricas 3. Marco conceptual	Enfoque: Cuantitativo Método: Deductivo - explicativo Tipo: Básica o fundamental. Métodos de Análisis de datos: Estadística descriptiva.
PROBLEMAS ESPECÍFICOS	OBJETIVOS ESPECÍFICOS	HIPÓTESIS ESPECÍFICAS	DIMENSIONES:	Población:	Nivel: Explicativo observacional, Diseño: No experimental, trasversal y descriptivo correlacional.
¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?	Determinar, cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental al proyecto de vida de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	- Falta de regulación - Incertidumbre jurídica - Derecho al proyecto de vida - Derecho a la dignidad - Derecho a la integridad	La pareja que desea tener acceso a la gestación subrogada.	F (x)=Y M = Muestra en la que se realiza la investigación O = Información o datos que se obtiene aplicando instrumentos de investigación. Población: Está conformado por el total de la población. Muestra: La técnica del muestro es no probabilístico. Técnicas e instrumentos de recolección de datos Técnica: Se realizó mediante la encuesta. Instrumento: Se utilizó el cuestionario.
¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?	Establecer, cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental de la dignidad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	INDICADORES - Desprotección legal. - Inseguridad jurídica. - Formar una familia. - Valor humano. - Respeto. - Daño moral. - Daño psicológico. - Daño físico.		Técnicas y procesamiento y análisis de datos: Se aplicó la tabulación recogidos en el procesamiento de datos, mediante el software SPSS 26.
¿Cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023?	Determinar, cómo el vacío legal sobre la gestación subrogada afecta el derecho fundamental de la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.	El vacío legal sobre la gestación subrogada afecta significativamente el derecho fundamental de la integridad de los pacientes en la maternidad de Lima, 2023.			

Anexo 2: Matriz de operacionalización de variables.

VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE MEDICIÓN
Variable independiente: EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA	Se define como la ausencia de una normatividad que hace referencia al acuerdo de forma oneroso o altruista de una fémina a comprometerse a procrear un bebé para una pareja llamados intencionales, con la finalidad de entregar posteriormente al bebé.	Se tomó en cuenta para esta variable de estudio, el proceso de las dimensiones del vacío legal sobre gestación subrogada.	- Falta de regulación - Incertidumbre jurídica	- Desprotección legal - Inseguridad jurídica	Nominal- Dicotómica.
Variable dependiente: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes al ser humano, que pertenecen a toda persona en razón a su dignidad como fin supremo de la sociedad.	Se tomó en cuenta para esta variable de estudio, el proceso de las dimensiones de los derechos fundamentales.	- Derecho al proyecto de vida. - Derecho a la dignidad. - Derecho a la integridad	- Formar una familia. - Valor humano. - Respeto. - Daño Moral. - Daño Psicológico. - Daño físico.	

Anexo 3: Matriz de operacionalización del instrumento.

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES	N° PREGUNTAS	VALORACIÓN	INSTRUMENTO
El vacío legal sobre gestación subrogada	Falta de regulación.	Desprotección legal.	1. ¿Cree usted que el recién nacido por medio de la gestación subrogada, se encuentra desprotegido legalmente debido a la falta de una legislación?	Nominal-Dicotómica.	Cuestionario / Encuesta
			2. El juez para poder resolver un problema de gestación subrogada ante el vacío legal recurre siempre a las sentencias. ¿Considera usted que al recurrir a estas sentencias habría desprotección legal en las decisiones de los jueces?		
			3. ¿Usted haría uso de la técnica de la gestación subrogada sabiendo que no hay protección legal para el uso de esta práctica?		
	Incertidumbre jurídica.	Inseguridad jurídica	4. ¿Considera que el estado debería regular la gestación subrogada para brindar seguridad jurídica a las parejas imposibilitadas de tener un hijo, y evitar que la gestante subrogada se niegue a entregar al menor producto de esta técnica?		
			5. ¿Considera que existe incertidumbre jurídica a la identidad del menor producto de la gestación subrogada?		
			6. ¿Cree usted qué existe inseguridad jurídica en los contratos que se realizan sobre la gestación?		
			7. ¿Cree usted que el poder legislativo debería aprobar una ley donde se permita la gestación subrogada de manera parcial, esto es de forma altruista, para evitar incertidumbre jurídica?		
			8. El artículo 4 ^o de la Constitución Política brinda protección a la familia dentro de los derechos sociales y económicos, ¿considera usted que lo establecido es suficiente para proteger a las mujeres que son infértiles?		
			9. La Constitución Política protege a la familia dentro de los derechos sociales y económicos ¿Considera usted que lo establecido es suficiente para proteger a la gestante subrogada?		
			10. Si se presentara una mala práctica por medio de la técnica de reproducción asistida sobre la gestación subrogada ¿Cree usted que se generaría inseguridad jurídica ante un proceso judicial?		
			11. Ante la inexistencia de una normativa sobre la técnica de reproducción asistida ¿Cree usted que dicha técnica presenta inseguridad jurídica en aquellos padres que desean realizar la gestación subrogada?		
			12. ¿Usted cree que exista seguridad jurídica en los contratos de gestación subrogada?		
Los derechos fundamentales	Derecho al proyecto de vida.	Formar una familia	13. ¿Cree usted que para formar una familia es necesario la existencia de una regulación jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida en la gestación subrogada?		
			14. ¿Recurriría usted a la gestación subrogada como alternativa de solución al deseo de cumplir el proyecto de vida de formar una familia?		

Derecho a la dignidad.	- Valor humano	15. ¿Usted cree que las mujeres que se comprometen a llevar el embarazo para otra persona, lo hacen con el propósito solidario de ayudar a las personas que tienen impedimento de tener un hijo?
	- Respeto	16. En los hospitales del Estado no se realiza la gestación subrogada por que la norma no lo permite, ¿Considera usted que se estaría afectando el valor a la dignidad de las mujeres que están imposibilitadas de tener un hijo? 17. ¿Cree usted que con la existencia de una ley que regule la gestación subrogada, se estaría respetando la dignidad de las mujeres con impedimento de procrear? 18. La ley general de salud N° 26842 en su artículo 7 ^{mo} precisa que las técnicas de reproducción asistida solo pueden recaer en la misma mujer que desea tener hijos. ¿Considera usted que la Ley de Salud respeta y protege el derecho a la gestación subrogada?
Derecho a la integridad.	- Daño moral	19. ¿Cree usted que existe afectación moral a la gestante subrogada al entregar el hijo que llevó en su vientre? 20. ¿Considera usted que existe frustración en la madre o pareja que está imposibilitada de procrear por motivos de infertilidad o alguna enfermedad que le imposibilite formar una familia?
	- Daño psicológico	21. ¿Cree usted que la imposibilidad de procrear un hijo afecta psicológicamente a la pareja que desean formar una familia? 22. ¿Considera usted que habría afectación psicológica en la gestante subrogada al hacer entrega del nacido a los padres intencionales?
	- Daño físico.	23. ¿Considera usted que el embarazo obtenido por medio de la técnica de reproducción asistida como la gestación subrogada origina un daño físico a la capacidad gestacional de la madre gestante? 24. ¿Considera usted que el recién nacido producto de la gestación subrogada, ante la ausencia de una legislación podría sufrir el delito de trata de personas?

Anexo 4: Instrumento(s) de recolección de datos



UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

Ficha Técnica

ENCUESTA PARA PERSONAS CON PROBLEMAS PROCREACIONALES

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA

Por favor, marque su respuesta con un aspa (X)

Nº	ITEM	SI	NO
VARIABLE INDEPENDIENTE: EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA			
1	- ¿Cree usted que el recién nacido por medio de la gestación subrogada, se encuentra desprotegido legalmente debido a la falta de una legislación?		
2	-El juez para poder resolver un problema de gestación subrogada ante el vacío legal recurre siempre a las sentencias. ¿Considera usted que al recurrir a estas sentencias habría desprotección legal en las decisiones de los jueces?		
3	- ¿Usted haría uso de la técnica de la gestación subrogada sabiendo que no hay protección legal para el uso de esta práctica?		
4	- ¿Considera que el Estado debería regular la gestación subrogada para brindar seguridad jurídica a las parejas imposibilitadas de tener un hijo, y evitar que la gestante subrogada se niegue a entregar al menor producto de esta técnica?		
5	- ¿Considera que existe incertidumbre jurídica a la identidad del menor producto de la gestación subrogada?		
6	- ¿Cree usted qué existe inseguridad jurídica en los contratos que se realizan sobre la gestación?		
7	- ¿Cree usted que el poder legislativo debería aprobar una ley donde se permita la gestación subrogada de manera parcial de forma altruista, para evitar incertidumbre jurídica?		
8	- El artículo 4º de la Constitución Política brinda protección a la familia dentro de los derechos sociales y económicos, ¿considera usted que lo establecido es suficiente para proteger a las mujeres que son infértiles?		
9	- La Constitución Política protege a la familia dentro de los derechos sociales y económicos ¿Considera usted que lo establecido es suficiente para proteger a la gestante subrogada?		
10	- Si se presentara una mala práctica por medio de la técnica de reproducción asistida sobre la gestación subrogada ¿Cree usted que se generaría inseguridad jurídica ante un proceso judicial?		

11	- Ante la inexistencia de una normativa sobre la técnica de reproducción asistida ¿Cree usted que dicha técnica presenta inseguridad jurídica en aquellos padres que desean realizar la gestación subrogada?
12	- ¿Usted cree que exista seguridad jurídica en los contratos de gestación subrogada?
VARIABLE DEPENDIENTE: DERECHOS FUNDAMENTALES.	
13	- ¿Cree usted que para formar una familia es necesario la existencia de una regulación jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida sobre subrogada?
14	- ¿Recurriría usted a la gestación subrogada como alternativa de solución al deseo de cumplir el proyecto de vida de formar una familia?
15	- ¿Usted cree que las mujeres que se comprometen a llevar el embarazo para otra persona, lo hacen con el propósito solidario de ayudar a las personas que tienen impedimento de tener un hijo?
16	- En los hospitales del Estado no se realiza la gestación subrogada por que la norma no lo permite, ¿Considera usted que se estaría afectando el valor a la dignidad de las mujeres que están imposibilitadas de tener un hijo?
17	- ¿Cree usted que con la existencia de una ley que regule la gestación subrogada, se estaría respetando la dignidad de las mujeres con impedimento de procrear?
18	- La ley general de salud N° 26842 en su artículo 7 ^{mo} precisa que las técnicas de reproducción asistida solo pueden recaer en la misma mujer que desea tener hijos. ¿Considera usted que la Ley de Salud respeta y protege el derecho a la gestación subrogada?
19	- ¿Cree usted que existe afectación moral a la gestante subrogada al entregar el hijo que llevó en su vientre?
20	- ¿Considera usted que existe frustración en la madre o pareja que está imposibilitada de procrear por motivos de infertilidad o alguna enfermedad que le imposibilite formar una familia?
21	- ¿Cree usted que la imposibilidad de procrear un hijo afecta psicológicamente a la pareja que desean formar una familia?
22	- ¿Considera usted habría afectación psicológica en la gestante subrogada al hacer entrega del nacido a los padres intencionales?
23	- ¿Considera usted que el embarazo obtenido por medio de la técnica de reproducción asistida como la gestación subrogada origina un daño físico a la capacidad gestacional de la madre gestante?
24	- ¿Considera usted que el recién nacido producto de la gestación subrogada, ante la ausencia de una legislación podría sufrir el delito de trata de personas?

Anexo 5: Validación de Expertos respecto al instrumento

**DOCUMENTOS PARA VALIDAR LOS INSTRUMENTOS DE MEDICIÓN
A TRAVÉS DE JUICIO DE JUECES**

“El vacío legal sobre gestación subrogada y los derechos fundamentales en la maternidad de Lima”

Investigadores:

- Bach. Polo Huamuro, Cesar Segundo

-Valverde Cruz, Julia Emilia

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor: **José Ochoa Pachas**

Presente.

Asunto: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.

Es grato comunicarme con usted para expresarle mis saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que, en mi calidad de egresado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, presento la Tesis titulado: “**El vacío legal sobre gestación subrogada y los derechos fundamentales en la maternidad de Lima**”, cuyo desarrollo le permitirán al tesista: Cesar Segundo **Polo Huamuro**, optar el Título de Abogado.

En tal sentido, es imprescindible validar los instrumentos con los cuales se recogerán los datos pertinentes, para lo cual es necesario contar con la aprobación de especialistas y llevar a cabo la aplicación los instrumentos en mención. Conocedor de su connotada experiencia en temas de investigación jurídica, se ha considerado recurrir a su persona.

El expediente de validación, que se le hace llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definiciones conceptuales de las variables y dimensiones.
- Matriz de Consistencia.
- Matriz de operacionalización de las variables.
- Certificado de validez de contenido de los instrumentos.

Expresándole mis sentimientos de respeto y consideración me despido de usted, no sin antes agradecerle la atención que dispense a la presente.

Atentamente.



Polo Huamuro, Cesar Segundo
DNI N° 07973442

CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor: **José Ochoa Pachas**

Presente.

Asunto: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.

Es grato comunicarme con usted para expresarle mis saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que, en mi calidad de egresada de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, presento la Tesis titulado: “**El vacío legal sobre gestación subrogada y los derechos fundamentales en la maternidad de Lima**”, cuyo desarrollo le permitirán a los tesista: Julia Emilia **Valverde Cruz**, para optar el Título de Abogado.

En tal sentido, es imprescindible validar los instrumentos con los cuales se recogerán los datos pertinentes, para lo cual es necesario contar con la aprobación de especialistas y llevar a cabo la aplicación de los instrumentos en mención. Conocedor de su connotada experiencia en temas de investigación jurídica, se ha considerado recurrir a su persona.

El expediente de validación, que se le hace llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definiciones conceptuales de las variables y dimensiones.
- Matriz de Consistencia.
- Matriz de operacionalización de las variables.
- Certificado de validez de contenido de los instrumentos.

Expresándole mis sentimientos de respeto y consideración me despido de usted, no sin antes agradecerle la atención que dispense a la presente.

Atentamente.



Valverde Cruz, Julia Emilia
DNI N° 10450712

DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LA(S) VARIABLE(S) Y SUS DIMENSIONES

Variable 1: El vacío legal sobre gestación subrogada.

Es la ausencia de una figura normativa que no brinda seguridad jurídica al acuerdo de voluntades a la GesSub que se da por intermedio de una tercera persona, quien de manera solidaria y onerosa acepta gestar para otra renunciando a todo derecho después del parto y entregue al nacido a los padres contratantes.

Dimensiones de la variable:

Dimensión 1.1

Falta de regulación:

Es entendida como la inexistencia legislativa cuando éste pasa por desapercibida, también es llamada laguna jurídica; que evidencia un vacío en las normas.

Dimensión 1.2

Incertidumbre jurídica:

Genera duda, inestabilidad emocional, mucha tensión al no tener seguridad de la materia determinada.

Variable 2: Los derechos fundamentales.

Son derechos constitucionales que dan garantías inherentes a todas las personas dentro del territorio a la que pertenecen.

Dimensiones de la variable:

Dimensión 2.1

Derecho al proyecto de vida: Opciones que tiene el ser humano a largo plazo, en cuanto a ser libre de elegir entre una infinidad de posibilidades existenciales. Estas opciones en esta investigación dan lugar a que las parejas infértiles puedan elegir tener descendencia familiar.

Dimensión 2.2

Derecho a la dignidad: Es la fuente de todos los derechos fundamentales,

establece un valor único a cada persona siendo sustento de derecho de atributos básicos, con capacidad de decidir libremente de forma racional; por ende, el Estado está en la obligación de garantizar y proteger a cada ciudadano.

Dimensión 2.3

Derecho a la integridad: La Constitución Política del Perú precisa en el inciso 1 del artículo. 2^o - “*Toda persona tiene derecho*” a la protección física, psíquica y moral; de igual modo, en el inciso 24 - A la libertad y a la seguridad personal, literal h)- Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a torturas o a tratos inhumanos o humillantes (...), siendo todo un conjunto de condiciones para tener una vida conveniente.

MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LA VARIABLE

VARIABLE	DIMENSIONES	INDICADOR	VALOR FINAL	TIPO DE VARIABLE
Variable 1- El vacío legal sobre gestación subrogada.	Falta de regulación	Desprotección legal	Si/No	CATEGÓRICA
	Incertidumbre jurídica.	Inseguridad jurídica	Si/No	CATEGÓRICA
		Proyecto de vida	Formar una familia	Si/No
	Derecho a la dignidad.	Derecho a la dignidad.	Valor humano	Si/No
Respeto			Si/No	CATEGÓRICA
Derecho a la integridad		Daño moral Daño psicológico Daño físico	Si/No	CATEGÓRICA

**CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO
QUE MIDE LA VARIABLE EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN
SUBROGADA.**

Nº	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia1		Relevancia2		Claridad3		Suficiencia4		Sugerencias
		S i	N o	S i	N o	S i	N o	S i	No	
	DIMENSIÓN 1: Falta de regulación. 1. Indicador: Desprotección legal.									
1	¿Cree usted que el recién nacido por medio de la gestación subrogada, se encuentra desprotegido legalmente debido a la falta de una legislación?	x		x		x		x		
2	El juez para poder resolver un problema de gestación subrogada ante el vacío legal recurre siempre a las sentencias. ¿Considera usted que al recurrir a estas sentencias habría desprotección legal en las decisiones de los jueces?	x		x		x		x		
3	¿Usted haría uso de la técnica de la gestación subrogada sabiendo que no hay protección legal para el uso de esta práctica?	x		x		x		x		
	DIMENSIÓN 2: Incertidumbre jurídica 1. Indicador: Inseguridad jurídica									
4	¿Considera que el Estado debería regular la gestación subrogada para brindar seguridad jurídica a las parejas imposibilitadas de tener un hijo, y evitar que la gestante subrogada se niegue a entregar al menor producto de esta técnica?	x		x		x		x		
5	¿Considera que existe incertidumbre jurídica a la identidad del menor producto de la gestación subrogada?	x		x		x		x		

6	¿Cree usted que existe inseguridad jurídica en los contratos que se realizan sobre la gestación?	x		x		x		x	
7	¿Cree usted que el poder legislativo debería aprobar una ley donde se permita la gestación subrogada de manera parcial de forma altruista, para evitar incertidumbre jurídica?	x		x		x		x	
8	El artículo 4º de la Constitución Política brinda protección a la familia dentro de los derechos sociales y económicos, ¿Considera usted que lo establecido es suficiente para proteger a las mujeres que son infértiles?	x		x		x		x	
9	La Constitución Política protege a la familia dentro de los derechos sociales y económicos ¿Considera usted que lo establecido es suficiente para proteger a la gestante subrogada?	x		x		x		x	
10	Si se presentara una mala práctica por medio de la técnica de reproducción asistida sobre la gestación subrogada ¿Cree usted que se generaría inseguridad jurídica ante un proceso judicial?	x		x		x		x	
11	Ante la inexistencia de una normativa sobre la técnica de reproducción asistida ¿Cree usted que dicha técnica presenta inseguridad jurídica en aquellos padres que desean realizar la gestación subrogada?	x		x		x		x	
12	¿Usted cree que exista seguridad jurídica en los contratos de gestación subrogada?	x		x		x		x	

**CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO
QUE MIDE LA VARIABLE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

N°	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia		Relevancia		Claridad ³		Suficiencia		Sugerencias
		1	2	3	4	5	6			
	DIMENSIÓN 1: Proyecto de vida 1 indicador: Formar una familia	S i	N o	S i	N o	S i	N o	S i	N o	
1	¿Cree usted que para formar una familia es necesario la existencia de una regulación jurídica sobre las técnicas de reproducción asistida en la gestación subrogada?	x		x		x		x		
2	¿Recurriría usted a la gestación subrogada como alternativa de solución al deseo de cumplir el proyecto de vida de formar una familia?	x		x		x		x		
	DIMENSIÓN 2: Derecho a la Dignidad 2 indicadores: Valor humano, Respeto									
3	¿Usted cree que las mujeres que se comprometen a llevar el embarazo para otra persona, lo hacen con el propósito solidario de ayudar a las personas que tienen impedimento de tener un hijo?	x		x		x		x		

4	En los hospitales del Estado no se realiza la gestación subrogada por que la norma no lo permite, ¿Considera usted que se estaría afectando el valor a la dignidad de las mujeres que están imposibilitadas de tener un hijo?	x		x		x		x		
5	¿Cree usted que con la existencia de una ley que regule la gestación subrogada, se estaría respetando la dignidad de las mujeres con impedimento de procrear?	x		x		x		x		
6	La ley general de salud N° 26842 en su artículo 7 ^{mo} precisa que las técnicas de reproducción asistida solo pueden recaer en la misma mujer que desea tener hijos. ¿Considera usted que la Ley de Salud respeta y protege el derecho a la gestación subrogada?	x		x		x		x		
DIMENSIÓN 3: Derecho a la integridad. 3 indicadores: Daño moral/ daño psicología/ daño físico										
7	¿Cree usted que existe afectación moral a la gestante subrogada al entregar el hijo que llevó en su vientre?	x		x		x		x		
8	¿Considera usted que existe frustración en la madre o pareja que está imposibilitada de procrear por motivos de infertilidad o alguna	x		x		x		x		

	enfermedad que le imposibilite formar una familia?								
9	¿Cree usted que la imposibilidad de procrear un hijo afecta psicológicamente a la pareja que desean formar una familia?	x		x		x		x	
10	¿Considera usted que habría afectación psicológica en la gestante subrogada al hacer entrega del nacido a los padres intencionales?	x		x		x		x	
11	¿Considera usted que el embarazo obtenido por medio de la técnica de reproducción asistida como la gestación subrogada origina un daño físico a la capacidad gestacional de la madre gestante?	x		x		x		x	
12	¿Considera usted que el recién nacido producto de la gestación subrogada, ante la ausencia de una legislación podría sufrir el delito de trata de personas?	x		x		x		x	

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁴): Si hay suficiencia.

Opinión de aplicabilidad: **Aplicable [X] Aplicable después de corregir []**

No aplicable []

Apellidos y Nombres del juez validador: Dr. José Ochoa-Pachas; **DNI: 07588319**

Especialidad del validador: **Especialista en Docencia e Investigación Científica**

Lima, 04 de abril de 2023.

¹**Pertinencia:** El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

²**Relevancia:** El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo

³**Claridad:** Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo

⁴**Suficiencia:** Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión-



Firma del Experto Informante

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁴): Si hay suficiencia.

Opinión de aplicabilidad: Aplicable [X] Aplicable después de corregir []

No aplicable []

Apellidos y Nombres del juez validador: Dra. Lisetti Vanessa Bardales valladares ; DNI: 08165584

Especialidad del validador: Especialista en Docencia e Investigación Científica

na, 03 de junio de 2023

¹**Pertinencia:** El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

²**Relevancia:** El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo

³**Claridad:** Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo

⁴**Suficiencia:** Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión.



Firma del Experto Informante

[] **NO aplicable** []

Apellidos y Nombres del juez validador: Roberto Christian Puente Jesús ;
DNI: 10714230

Especialidad del validador: Doctor en Derecho

Lima, 04 de abril de 2023

¹Pertinencia: El ítem corresponde al concepto teórico formulado.

²Relevancia: El ítem es apropiado para representar al componente o dimensión específica del constructo

³Claridad: Se entiende sin dificultad alguna el enunciado del ítem, es conciso, exacto y directo

⁴Suficiencia: Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión:



Firma del Experto Informante

Anexo 6: Solicitud dirigida a la entidad donde recolecto los datos.**Solicitó: Autorización para aplicación de encuestas.**

SEÑOR JEFE DE ÁREA DEL SERVICIO DE MEDICINA REPRODUCTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL. MATERNIDAD DE LIMA – CERCADO DE LIMA

S.D.

Nosotros:

César segundo Polo Huamuro, con DNI N° 07973442, con domicilio en Jr. Andalucía N° 650, en el Distrito de Pueblo Libre, con código de matrícula N° K03417J y Julia Emilia Valverde Cruz, identificado con DNI N° 10450712, Con domicilio en Prog. Viv. Cabo Linares Rojas Mz. G Lote 39 en el Distrito de San Martín de Porres, con código de matrícula N° K03275F; Bachilleres de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana los Andes – HUANCAYO; con el debido respeto nos presentamos y exponemos lo siguiente:

Que, estamos realizando un estudio de investigación de tesis titulado "EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA", el cual requiere la aplicación de encuestas en pacientes de dicho nosocomio que usted dirige.

Por lo que solicitamos tenga a bien autorizarnos la realización de dichas encuestas que contribuiría de manera significativa en nuestra investigación.

Esperando contar con su apoyo y comprensión quedamos agradecidos de antemano.

Lima, 17 de abril del 2023



César segundo Polo Huamuro
DNI N° 07973442



Julia Emilia Valverde Cruz
DNI N° 10450712

MINISTERIO DE SALUD
INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL

Julio Alberto Campesino Guzmán
JEFE DEL SERVICIO DE MEDICINA REPRODUCTIVA
C.M.P. 33737
R.N.P. 11701

Anexo 7: Documento de aceptación por parte de la entidad donde recolectará los datos.



ASUNTO : Autorización para realizar encuestas en el Servicio de Medicina Reproductiva
A : Bach. César Segundo Polo Huamuro
Bach. Julia Emilia Valverde Cruz
DE : Dr. Luis Alberto Carpio Guzmán
Jefe del área de Servicio de Medicina Reproductiva.
FECHA : Lima, 25 de abril del 2023

Me dirijo a ustedes para saludarlos cordialmente y hacer de su conocimiento la autorización para que realicen encuestas a los pacientes de nuestro servicio de Medicina Reproductiva para fines de investigación, en la tesis titulada **“EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA”**.

Atentamente.

Dr. Carpio Guzmán Luis Alberto.
Medico jefe del Servicio de Medicina Reproductiva
MINISTERIO DE SALUD
INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL

Luis Alberto Carpio Guzmán
JEFE DEL SERVICIO DE MEDICINA REPRODUCTIVA
R.N.E. 11291
C.M.P. 23781



Instituto Nacional Materno Perinatal
SERVICIO DE MEDICINA REPRODUCTIVA

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

ASUNTO : Entrega de datos estadísticos en atenciones en el
Servicio de Medicina Reproductiva

A : Bach. Cesar Segundo Polo Huamuro
Bach. Julia Emilia Velarde Cruz

DE : Dr. Luis Alberto Carpio Guzmán
Jefe del Sr. Servicio de Medicina Reproductiva

FECHA : Lima, 17 de abril del 2023

Me dirijo a Usted para saludarlo cordialmente y a la vez hacerle entrega de los datos estadísticos sobre la cantidad de atenciones realizadas: año 2022 (3, 373 atenciones) y año 2023 (de enero a marzo 1, 202 atenciones) del Servicio de Medicina Reproductiva del Instituto Nacional Materno Perinatal de Lima.

Sin otro particular aprovecho la oportunidad para expresarle mi consideración y estima.

Atentamente

MINISTERIO DE SALUD
INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL

Luis Alberto Carpio Guzmán
Dr. Luis Alberto Carpio Guzmán
Jefe del Sr. Servicio de Medicina Reproductiva
R.N.E. 11091

Anexo 8: Consentimiento o asentimiento informado de las personas encuestadas o entrevistadas.



Anexo 9: Constancia de que se aplicó la recolección de datos por parte de entidad donde se debía recolectar los datos.



CONSTANCIA

Consta por la presente que los Sres. César Segundo Polo Huamuro y Julia Emilia Valverde Cruz, bachilleres de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes de la ciudad de Huancayo; realizaron encuestas a nuestros pacientes en el área de Servicio de Medicina Reproductiva con fines académicos para su investigación, en la tesis titulada “EL VACÍO LEGAL SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA”.

Atentamente:

Dr. Carpio Guzmán Luis Alberto.

Medico jefe del Servicio de Medicina Reproductiva

MINISTERIO DE SALUD
INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL

Luis Alberto Carpio Guzmán
JEFE DEL SERVICIO DE MEDICINA REPRODUCTIVA
C.M.R. 23767 R.N.E. 11091

Lima, 15 de junio del 2023

Anexo 10: Declaración de autoría**DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

Yo, Polo Huamuro, Cesar Segundo, identificado con DNI N⁰ 07973442, domiciliado en Jr. Andalucía N⁰ 650 EN EL distrito de Pueblo Libre, de la provincia y departamento de Lima, bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, DECLARO BAJO JURAMENTO ser el autor del presente trabajo; por tanto, asumo las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“EL VACÍO LEGAR SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA”** haya incurrido en plagio o consignado datos falsos.

Huancayo, 06 de abril del 2023



Cesar Segundo Polo Huamuro
DNI N⁰ 07973442

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Yo, Valverde Cruz, Julia Emilia, identificado con DNI N⁰ 10450712, domiciliado en Prog. Viv. Cabo Linares Rojas Mz. G Lt. 39 del distrito de San Martín de Porres, de la provincia y departamento de Lima, bachiller de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, DECLARO BAJO JURAMENTO ser el autor del presente trabajo; por tanto, asumo las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“EL VACÍO LEGAR SOBRE GESTACIÓN SUBROGADA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA MATERNIDAD DE LIMA”** haya incurrido en plagio o consignado datos falsos.

Huancayo, 06 de abril del 2023



Julia Emilia Valverde Cruz

DNI N⁰ 10450712