UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

(Creada por Ley N° 25265)

ESCUELA DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIDAD DE POSGRADO

TESIS:

LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN NUEVO ESCENARIO EN LA ELECCIÓN DE UN PLAN DE VIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, HUANCAVELICA – 2018.

LINEA DE INVESTIGACION: DERECHO PUBLICO

PRESENTADO POR:

BACH. RAMIREZ JARA DE LINARES, ELENA

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN:

DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

MENCIÓN:

DERECHO CONSTITUCIONAL

HUANCAVELICA – PERÚ

2019.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE HUANCAVELICA

(Creado por Ley N° 25265)

ESCUELA DE POSGRADO

(APROBADO CON RESOLUCIÓN N° 736-2005-ANR)

UNIDAD DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

"AÑO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCION Y LA IMPUNIDAD"

ACTA DE SUSTENTACIÓN

Ante el Jurado conformado por los docentes: ***Dr. FLORES APAZA, Esteban Eustáquio, Mtro. MAMANI MACHACA, Victor Roberto y Mg. PEREZ VILLANUEVA, Job Josué.***
De conformidad al Reglamento único de Grados y Títulos de la Universidad Nacional de Huancavelica, aprobado mediante Resolución Nº 330-2019-CU-UNH y ratificado con Resolución 378-2019-CU-UNH.

El candidato para el ***Grado de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas con mención en Derecho Constitucional.***

RAMÍREZ JARA DE LINARES, Elena, *procedió a sustentar la tesis titulada* ***"LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN NUEVO ESCENARIO EN LA ELECCIÓN DE UN PLAN DE VIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, HUANCAVELICA - 2018 ".***

Luego de haber cursado la primera y segunda etapa (preguntas de los jurados), se dio por concluido al ACTO de sustentación, realizándose la deliberación y calificación, resultando:

Con el calificado ..... APROBADO POR MAYORÍA .....

Y para constancia se extiende la presente ACTA, en la ciudad de Huancavelica, a horas 20.27 *a los* 18 *días del mes de* Setiembre *del año 2019.*

.....
DR. FLORES APAZA, Esteban Eustáquio
PRESIDENTE (JURADO).

.....
Mtro. MAMANI MACHACA, Victor Roberto
SECRETARIO (JURADO)

.....
Mg. PEREZ VILLANUEVA , Job Josue
VOCAL JURADO (Accesitario)

DEDICATORIA

En primer lugar, a Dios, a mi familia, en especial a todos los que con su ánimo me alentaron a culminar mi maestría y han hecho que este trabajo se realice con éxito, a mis docentes y amigos.

DR. DENJIRO FELIX DEL CARMEN IPARRAGUIRRE
ASESOR:

RESUMEN

La investigación titulada "LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN NUEVO ESCENARIO EN LA ELECCIÓN DE UN PLAN DE VIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, HUANCAVELICA – 2018", tuvo como objetivo general "determinar el status jurídico de la maternidad subrogada enfocada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico peruano– Huancavelica, 2018", teniéndose como método general el método científico, y como métodos específicos el analítico, el histórico, el inductivo, y el comparativo, la muestra fue 15 administradores de Justicia de Huancavelica, obteniéndose como resultado principal que de acuerdo a los resultados obtenidos en el presente trabajo puedo determinar como conclusión general que, *nuestra legislación actual proporciona una regular adecuación en la regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando.*

Palabras claves: maternidad subrogada, reproducción asistida, técnicas de reproducción

ABSTRAC

A pesquisa intitulada "A MATERNIDADE SUBSTITUTA COMO NOVO CENÁRIO NA ESCOLHA DE UM PLANO DE VIDA A PARTIR DA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, HUANCAVELICA - 2018", tinha como objetivo geral "Determinar o status legal da maternidade substituta focada na perspectiva dos direitos fundamentais no sistema legal Peruano - Huancavelica, 2018", tendo como método geral o método científico, e como métodos específicos: o analítico, o histórico, o indutivo, e o comparativo, a amostra foi de 15 administradores de justicia de Huancavelica, obtendo como resultado principal que, de acordo com os resultados obtidos neste trabalho, eu posso determinar como conclusão geral de que, nossa legislação atual fornece um ajuste regular no regulamento normativo sobre a maternidade substituta. *O único amparo é a lei geral de saúde (artígo 7°), ainda assim, É uma norma insuficiente, uma vez que não encontra solução para as diferentes controvérsias jurídicas que estão sendo dadas.*

Palavras chaves: maternidade substituta, reprodução assistida, técnicas de reprodução.

ÍNDICE

PORTADA

DEDICATORIA.....iii

ASESOR:.....iv

RESUMEN.....v

ABSTRAC.....vi

ÍNDICE.....vii

INTRODUCCIÓN.....ix

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA.....11

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA.....17

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION.....17

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION.....22

2.2. BASES TEÓRICAS.....47

2.3. FORMULACION DE HIPÓTESIS.....141

2.4. DEFINICION DE TERMINOS.....142

2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES.....145

2.6. DEFINICIÓN OPERATIVA DE VARIABLES E INDICADORES.....145

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN 150

3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN 150

3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN 151

3.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN 152

3.5. POBLACION, MUESTRA, MUESTREO 153

3.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS 154

3.7. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS 154

3.8. DESCRIPCION DE LA PRUEBA DE HIPOTESIS 155

CAPITULO IV

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE DATOS 156

4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS 203

4.3. PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS 204

CONCLUSIONES 216

RECOMENDACIONES 218

MATRIZ DE CONSISTENCIA 226

INTRODUCCIÓN

En los últimos meses hemos sido testigos de una situación suscitada en el Perú por una pareja chilena que por cierto tiene una relación con el presente trabajo de investigación. Ya que se trataba de una pareja que solicitaron los servicios de una clínica para poder procrear de manera artificial a un ser. Situación que trajo consigo no solo problemas penales sino civiles y otros, ello nos da una señal que aun en el ámbito nacional existen vacíos legales en cuanto a la regulación de las modalidades de la Reproducción Humana Asistida, y más aún en cuanto la maternidad subrogada materia de estudio de la presente investigación.

Puntualizamos que la familia fue consagrada a nivel constitucional recién en la primera mitad del siglo XX, siendo en la Constitución de Weimar de 1919 (Alemania) la primera en reconocer expresamente el rol protector del Estado para con la Familia. Así mismo la familia ha sido consagrada en los tratados sobre los Derechos Humanos. Del mismo modo ha sido consagrada en la Constitución del Perú, conceptualizándolo como una "sociedad natural y una institución fundamental de la Nación" (Constitución de 1979) y hoy en día se considera a la Familia como un instituto "natural y fundamental de la sociedad".

Convencidos de que la sociedad es cambiante y a la par el Derecho es mutante, hoy en día no existe un modelo único de Familia. Cada vez se están dando nuevas formas de constituir una familia, pero ello no solo está en constituir en forma natural, sino que también la ciencia es cómplice y muchas veces la solución para poder constituir nuevos modelos de familia, como sucede con la maternidad subrogada. En atención a lo señalado, confiamos en quienes tienen esa función de legislar, de resolver controversias y de administrar justicia que se deban aceptar esas nuevas estructuras familiares. En tal sentido, estos nuevos modelos de familia exigen una precisión legislativa donde se regulen los derechos, deberes, obligaciones y sanciones para quienes intervendrán en esa relación contractual.

Dado que el trabajo investigativo es imprescindible para el desarrollo de la ciencia del derecho, consideramos que con este compromiso estaremos realizando un gran aporte al derecho internacional, nacional y local, ya que aún no se tienen estudios ni

investigaciones concretas que hayan ayudado a una regulación de la maternidad subrogada.

Por estas consideraciones, para poder evidenciar la maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida, se ha visto por conviviente tomar en consideración los siguientes contenidos: En el Capítulo I, se plantea el problema de estudio, su correspondiente formulación del problema, objetivos, la justificación y la importancia. En el Capítulo II, se desarrolla los antecedentes de la investigación, las bases teóricas, la formulación de la hipótesis, la definición de términos, la identificación de las variables y la operacionalización de las variables. Cabe resaltar que dentro de las bases teóricas se han desarrollado temas de mayor relevancia como son: la vida humana y su inicio, las Técnicas de Reproducción Asistida, la maternidad subrogada, los derechos fundamentales, el derecho a la dignidad humana, el derecho a formar una familia, el derecho a la protección de la familia, el derecho a la identidad, el derecho a la filiación y el Principio Superior del Niño ; En el Capítulo III, se establece la metodología empleada, es decir, el tipo, nivel, método y el diseño de la investigación; así como la población, muestra y muestreo de estudio. En el Capítulo IV, se presenta el trabajo de campo, entendido como la presentación de los resultados, teniendo en consideración lo siguiente: los aspectos generales de las unidades muestrales, los resultados a nivel inferencial, la prueba de la significancia de la hipótesis principal y la discusión de resultados.

Finalmente se han arribado a las conclusiones y recomendaciones teniendo como referencia las variables de estudio en la presente investigación.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA

Actualmente en el Perú hay muchas formas de constituir una familia, siendo ésta la realización máxima de muchas personas. Todos tenemos la plena libertad de unirnos con nuestra pareja afín para crear una familia bajo principios éticos de igualdad y respeto entre los cónyuges y/o convivientes. Con el fin de ser padres, bajo una paternidad responsable, con la madurez y capacidad para afrontarlo.

Todos sabemos que la vía más común para tener un hijo es la vía natural, mediante la relación sexual, pero algunas veces nos vemos limitadas en ello, ya que por situaciones genéticas o de otra índole caemos en la infertilidad. por nos vemos restringidos a ese derecho llamado "formar una familia".

Este derecho se encuentra enunciado en los artículos 16º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nuestra Constitución, si bien no lo enuncia en el listado de derechos

de la persona, le reconoce tal condición en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º, que constituye una puerta abierta a la constitucionalización de derechos no mencionados expresamente en el artículo 2º, pero de naturaleza análoga a los enunciados o que se funden en la dignidad de la persona.

Los grandes avances de la ciencia en los últimos años buscan de alguna manera dar solución a los diversos problemas biológicos que puede tener una pareja al tratar de concebir un hijo, de esta manera se han implantado diversos métodos conocidos como las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRAS), en específico de este trabajo la **Maternidad Subrogada**. Estas innovaciones pareciesen de un modo fructífero y bondadoso, efectivamente es así; pero también han traído consigo una serie de problemas jurídicos, tales como determinar la paternidad o maternidad del menor (filiación) en consecuencia la identidad filial del menor, del mismo modo se ha visto una desprotección constitucional al vulnerar derechos fundamentales como el derecho de formar una familia, el derecho de protección familiar, la dignidad humana y por último si este tipo de contratos son tomados como solución para formar una familia o si son tomados como una simple transacción comercial que en su mayoría solo importa el factor económico; y todo ello debido a la ausencia de una norma especial que pueda regular los derechos, deberes, obligaciones y sanciones de quienes van a intervenir en el contrato por maternidad subrogada.

Distintos son los tratamientos de las TRAS, dentro de los cuales tenemos a la maternidad subrogada o conocida popularmente como vientre de alquiler o alquiler de útero; que es la práctica por al que una mujer gesta un hijo para otra persona o pareja. Entendida de otro modo es cuando una mujer está embarazada y posteriormente va a dar a luz, no obstante, el bebé pertenece tanto genéticamente como de forma legal a otros padres.

Hoy en día las TRAS, han sustituido a la vía natural, en parejas que tienen el deseo de ser padres y se ven impedidas, sean homosexuales o heterosexuales y así hacer realidad sus sueños de ser padres.

Es cierto que no hay regulación alguna en nuestro país (Perú) sobre los TRAS, teniendo como único fundamento la ley general de salud (ley 26842), cuando en el primer párrafo del artículo 7 expresa:

> *"Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos (http://diremid.diresamdd.gob.pe/index.php/leyes/item/1-ley-n-26842-ley-general-de-salud, s.f.)*

Sin embrago se han desarrollado diversos proyectos de ley destinados a las TRAS entre los que destacan el Nº 1722/2012-CR del Grupo Parlamentario Nacionalista Gana Perú y el Nº 2003/2012-CR, del Grupo Parlamentario Concertación Parlamentaria. Ambos tratan la reproducción asistida en general, sin hacer hincapié en la gestación subrogada en particular.

Por su parte, el proyecto Nº 264/2001-CR presentado en 2001 por el Congresista Iván Calderón aborda la subrogación uterina de una forma similar a la Ley 14/2006 en España, es decir, se considera nulo cualquier acuerdo por el que se convenga un embarazo subrogado, en cuyo caso la filiación queda determinada por el parto, con la posibilidad de la reclamación de la filiación respecto del padre biológico. El único que ha tratado en mayor profundidad el tema de la subrogación uterina es el Proyecto de Ley N.º 2839/2013-CR

El tema en concreto de la presente investigación gira en torno a cuáles han sido los avances en la legislación peruana respecto al tema de la maternidad subrogada, fenómeno que sin duda alguna se presenta en el territorio nacional de manera reiterada y comprobable cuando en portales de la web vemos referencias concernientes al tema .

La ley debe favorecer a las parejas y frenar los delitos, no hay una legislación clara sobre vientres de alquiler. Cada año se realizan cerca de 4.500 procedimientos de fertilización.

La maternidad subrogada es una práctica que plantea debates éticos, religiosos, psicológicos, biológicos y, por supuesto, jurídicos. Y la legislación en nuestro país agudiza aún más la situación.

Para el doctor Fabricio Vizcarra, presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad, **"mientras no haya una legislación clara se seguirán cometiendo delitos y abusos".**

En el 2011, la Corte Suprema resolvió el primer caso de vientre de alquiler en el Perú CAS. N° 563-2011 LIMA y le dio la razón a una pareja que acordó con otra una fecundación asistida y una posterior adopción a cambio de dinero, a pesar de que los padres biológicos se arrepintieron. En internet vemos anuncios como: peruanas ofrecen alquilar su vientre a S/.70 ya que la ley no prohíbe ni castiga esta práctica que involucra a clínicas. El negocio puede alentar el tráfico de menores.

MARTÍN ACOSTA GONZÁLEZ / @martiacosta

Han pasado seis años desde que María entregó al bebe que dio a luz a una pareja de españoles. Diez meses antes había llegado a un acuerdo con ellos para prestar su vientre a **cambio de 15 mil dólares.** La joven alumbró a un varón en una clínica de Surco, donde se registró con los nombres de la española que la había contratado. Legalmente, María no era madre del niño. Es más, ni siquiera hay registros de su paso por la clínica.

El niño le fue entregado a la pareja y luego inscrito con documentos falsos. Semanas después, los tres volaban de regreso a Madrid. Del pequeño no sabe nada, y de aquellos 15 mil dólares no queda ahora más que el recuerdo. **"Trato de no pensar en él [bebe], ni sentir culpa. Yo ayudé a esa pareja y ellos me ayudaron a mí"**, confiesa.

En nuestra normativa, el vientre de alquiler o la maternidad subrogada no está prohibida expresamente. La Ley General de Salud establece que toda persona tiene derecho a recurrir a un tratamiento de fertilidad, pero solo si la condición de madre genética y de madre gestante recae sobre la misma mujer. Es decir, se entiende que una tercera persona no podrá participar en la fecundación (donando su óvulo, por ejemplo) o gestar el embrión de una pareja. Sin embargo, el Código Penal no sanciona este tipo de prácticas.

Según varios especialistas, estos vacíos legales permitirían que en estos casos se cometan delitos como la falsificación de documentos, la estafa, el tráfico de menores o las extorsiones.

Pese a ello, decenas de peruanas ofrecen su vientre en alquiler en Internet por montos que **van desde S/.40 mil hasta S/.70 mil.**

Sin embargo, **existen organizaciones** dedicadas a esta actividad, que reclutan a las candidatas a alquilar su vientre, contactan a las clínicas y a los médicos que vigilarán la gestación y, finalmente, falsifican los documentos del recién nacido. Hace algunos años una de estas mafias, que suelen captar a parejas extranjeras, fue descubierta en un informe de la televisión española. La banda cobraba US$30 mil por cada trabajo.

Para el doctor Julio Dueñas, del Centro de Fertilidad Procrear, "este fue uno de los tantos casos que se presentan en el país". **"Pero no todos salen a la luz. Algunas clínicas no cumplen irregularidades en la inscripción de los bebes"**.

"En el Perú la maternidad se determina con el parto. Quien da a luz es la madre, aunque los padres genéticamente sean otros", explica Violeta Bermúdez, profesora de derecho de familia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La especialista subraya que tampoco hay garantía de que la madre de alquiler entregue al bebe a quienes la contratan. "Pueden darse casos de chantajes en los que se solicita más dinero del acordado en un comienzo".

No obstante, alrededor de esta práctica que se hace cada vez más frecuente en el país, es necesario que se profiera una regulación que logre minimizar al máximo la vulneración de los derechos de quienes se encuentran inmersos en este tipo de contratos, máxime cuando se trata de los derechos fundamentales de los menores producto de estos acuerdos.

La constitución Política es la Norma Fundamental donde se sientan las bases de todo nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto ella es quien debe garantizar y resguardar todos los derechos fundamentales consagrados en ella, y también aquellas que no están expresados literalmente. De esta manera considero que se debe hacer una interpretación extensiva in dubio pro homine en este vacío legal respecto a la maternidad subrogada.

Bajo este contexto considero significativa esta investigación ya que planteo necesaria una protección legal de las TRAS determinando el status jurídico vigente en que se encuentra en el sistema jurídico peruano y sus consecuencias jurídicas que conlleva; como es el caso de establecer la necesidad de su regulación, fundamentar la existencia de violación al Principio Superior del Niño y Adolescente, mencionar que Derechos Fundamentales están siendo vulnerados y como camino abierto indicar bajo qué condiciones se podría aceptar este tipos de contratos.

1.2. FORMULACION DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General

PG. ¿Cuál es el status jurídico de la maternidad subrogada enfocada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?

1.2.2. Problemas Específicos

PE 1. ¿Por qué es necesario regular la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?

PE 2. ¿Existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?

PE 3. ¿Qué derechos fundamentales son vulnerados a causa de una celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?

PE 4. ¿Bajo qué condiciones se podría aceptar la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.3.1. Objetivo General

OG. Determinar el status jurídico de la maternidad subrogada enfocada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico peruano– Huancavelica, 2018.

1.3.2. Objetivos Específicos

OE 1. Establecer porque es necesario regular la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano– Huancavelica, 2018.

OE 2. Fundamentar si existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018.

OE 3. Mencionar que derechos fundamentales son vulnerados a causa de una celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018.

OE 4. Indicar bajo qué condiciones se podría aceptar la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018.

1.3.3. Justificación

El presente proyecto de investigación encuentra su justificación en las siguientes proposiciones:

a) La presente investigación por ser un tema actual permitirá concebir nuevos prototipos doctrinarios, teóricos y jurisprudenciales en cuanto a materias relacionadas al Derecho Constitucional, como es el caso de los Derechos Fundamentales. Del mismo modo valdrá como referencia para una futura regulación jurídica desde la Primacía Constitucional y demás normas conexas al tema, ya que se plantea como hipótesis: Que, nuestra legislación actual no proporciona una adecuada regulación normativa respecto a la maternidad subrogada y por tanto hay ciertos derechos que no están haciendo atendidos oportunamente.

b) Es necesario comprender instituciones jurídicas del derecho privado y del derecho público como: El Libro I: Derecho de Personas, en cuanto a lo que se refiere el inicio de la vida y las formas de procrear hijos, el Libro III: Derecho de Familia en lo que se refiere la filiación, el Derecho Genético en lo que se refiere las TRAS y el Derecho Constitucional como norma máxima de garantía a los Derechos Fundamentales como el derecho de formar una familia, el derecho de protección de un familia y el derecho de la dignidad humana y el derecho de identidad; ya que ello se tomará como variables para el desarrollo de la presente investigación y así llegar a una hipótesis, conclusiones y recomendaciones.

c) La relevancia práctica se materializa con la celebración de estos contratos que sin mediar regulación alguna, fraudulenta o culposamente se están vulnerando derechos fundamentales. Y por lo tanto la presente investigación debe estar orientada hacia la necesidad de protección de la familia y de la identidad por filiación; siendo estos derechos inherentes y fundamentales de todo sujeto de derecho (concebido) para su desarrollo e integridad.

d) Por ser un problema social que importa al ser humano y a la persona humana en su situación individual y colectiva; nace esta novedad de realizar la presente investigación; porque mientras la sociedad muta también debe hacerlo el derecho. Velando y garantizando la efectividad de los derechos fundamentales si estos cambios van a generar problemas jurídicos.

e) La presente investigación ayudará a comprender más la problemática jurídica de la maternidad subrogada y las

consecuencias que pudiera generar. Es insoportable que cada día se den este tipo de situaciones sin que el Estado no haga nada para garantizar ese derecho máximo de todo ser humano “La Dignidad”. Para la búsqueda de conocimiento se hará uso de la técnica de la encuesta y se utilizará como instrumento el cuestionario a quienes son parte de estas inseguridades jurídicas. Así mismo servirá de base para otras investigaciones que tengan variables de estudio semejantes.

1.3.4. Importancia

La importancia de la presente investigación radica en los siguientes aspectos:

a) Científica

El presente trabajo de investigación brindará conocimientos jurídicos y doctrinarios tanto a nivel nacional como internacional. Esperando producir con ello innovaciones jurisprudenciales respecto a la “maternidad subrogada” cuando se ven vulnerados derechos fundamentales. Del mismo modo se ofrecerán datos estadísticos relevantes sobre las diversas opiniones de los magistrados teniendo en cuenta los casos suscitados a nivel interno y externo.

b) Jurídica

Planteo posibles presupuestos para ser tomados para una posible regulación del contrato de maternidad subrogada. Ya que ello permitirá al órgano jurisdiccional pronunciarse bajo fundamentos motivados en forma integral, no solo importando los padres intervinientes sino también la madre subrogada y el menor que está por nacer. Protegiendo aspectos patrimoniales y extrapatrimoniales de las partes intervinientes en el contrato.

c) Personal

Como aporte al mundo jurídico a través de la presente investigación ayudaremos a sensibilizar y concientizar a quienes cumplen el papel en la administración de justicia que lo primordial es el respeto de la dignidad humana seguido de los demás derechos fundamentales, y que por ningún motivo el Estado debe desatender a los más vulnerables. Así mismo considero que debería tomarse en cuenta dentro del artículo 2° de la constitución Política el ***"Derecho a formar una Familia"*** para que no puedan darse malas interpretaciones al momento de elegir la forma de procrear un hijo.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

La presente investigación tiene antecedentes, básicamente en artículos publicados virtualmente. De otro lado poner en consideración que no se han encontrado investigaciones similares o análogas a las variables de estudio de la presente investigación, pero si con la salvedad de investigaciones que guarden coherencia y coincidencia con alguna de las variables que se investiga.

2.1.1. A NIVEL INTERNACIONAL

A) GISELA GINER ROMMEL (España – 2015)

Tesis Doctoral titulada: "DIGNIDAD HUMANA Y GENÉTICA".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) El carácter decisivamente controversial y paradójico de la dignidad humana abre, como no podía ser de otra manera, las reflexiones de esta tesis. La incongruente realidad y sus muchos fracasos, cuando hablamos de la defensa de la dignidad del hombre, constituyen una

de las principales fuentes de crítica a la visión humanista que, por otra parte, se refleja en la filosofía posmoderna. El panorama de pluralismo ético que impera en nuestra actualidad convierte prácticamente en imposible el mantenimiento de una fundamentación unitaria de nuestro concepto. Cuando lanzamos la pregunta, qué convierte al hombre en un ser digno, la infinidad de respuestas al respecto constituye la mejor prueba de ello. Sin embargo, desde esta tesis se sigue manteniendo una apuesta firme por la idea de la dignidad del hombre y el proyecto humanista construido en torno a los Derechos Humanos. Ahora bien, como profundizaremos en las siguientes conclusiones, esta defensa no implica tampoco el mantenimiento de una visión estática, exclusivamente racional, universal y metafísica de la dignidad humana. Abandonada por tanto la visión dualista y esencialista del ser humano y su dignidad, se defiende, en cambio, una visión de ésta como producto de una evolución ética humana. En ella, y a través de las condiciones que la posibilitan, como la racionalidad y la empatía, el hombre ha ido extendiendo dicho valor, objetiva y subjetivamente, hasta hacer posible el disfrute de una autocomprensión de nuestra especie, como la que concebimos y articulamos, ética y jurídicamente, en nuestra actualidad. Este camino emprendido no es casual o fortuito: nuestra común humanidad, revalidada como veremos por la genética, nos lleva a defender una convergencia histórica en esta crónica de la "invención" moral. Ello, a su vez, nos lleva a determinar lo siguiente: cuando el ser humano consigue zafarse de lo que denominamos "mitos de legitimación" y así también de sus terribles consecuencias, "… de la miseria, de la ignorancia, del miedo, del dogmatismo y del odio -elementos claramente interrelacionados, (los hombres) evolucionan de manera muy parecida hacia la racionalidad, la libertad individual, la democracia, las libertades jurídicas y las políticas de solidaridad"1080.

Este recorrido emprendido por el hombre desde los inicios de la humanidad, sin embargo, no es uniformemente ascendente: la libertad, nota esencial que nos define, convierten el devenir ético en un proceso plagado de errores, retrocesos, injusticias enquistadas, pero definitivamente humano. Para fundamentar estas afirmaciones se escoge la narración de la evolución de la dignidad humana en el ámbito filosófico, destacando, en este sentido, cómo ésta se produce a través de desarrollos filosóficos significativos (que precisamente posibilitan la expansión objetiva y subjetiva del concepto) por parte de los filósofos de cada nueva generación. Éstos recogen el testigo de la anterior, ampliando y puliendo el significado de la dignidad humana. La Filosofía Clásica Griega, especialmente el Estoicismo, la primera Filosofía Moral Cristiana, la Escolástica o Kant, constituyen los hitos más importantes en esta crónica de creación moral, que contribuyen a construir la dignidad tal y como la reconocemos y disfrutamos en la actualidad.

b) A pesar de que la Filosofía Moral ha tenido que lidiar, especialmente desde la Ilustración, contra una concepción del conocimiento "cientificista" (como el únicamente válido y "respetable") que la había arrinconado en una especie de ostracismo, pronto la imposibilidad de las ciencias de solventar los dilemas éticos que producen volvieron a rescatar la ética de su confinamiento. Así, la obligaron a cambiar su "esquema de acción", demasiado teórico, centrado en cuestiones de fundamento y, por tanto, alejado de la solución práctica de problemas reales. Nace la Bioética vertebrada en torno a una serie de principios que posibilitan tomar decisiones éticas concretas en el marco de las llamadas "ciencias de la vida". La postura de esta tesis en torno al principialismo bioético sigue la misma tónica habitual de situarnos "a caballo" entre una concepción tradicional y una concepción posmoderna: aceptando parte de las críticas del posmodernismo. Así, en línea con nuestra concepción

evolutiva de la dignidad humana y sin renunciar tampoco al mantenimiento de dichos clásicos principios, mantenemos, sin embargo, la necesidad de buscar nuevos desarrollos bioéticos que la permitan avanzar en su significación. Así la llamada "bioética de la solidaridad" que recoge las reivindicaciones y nuevos paradigmas que se encuentran en plena gestación en nuestra sociedad, es el nuevo horizonte al que deben dirigirse las reflexiones bioéticas. Se trata de complementar la tradicional bioética, de corte racionalista y universalista, con nuevas y valiosas propuestas. Éstas se articulan alrededor de una concepción del hombre esencialmente vulnerable, propugnando como vía alternativa para la comprensión de esa nota esencial humana su dimensión emocional, su empatía y sus sentimientos. Provocar desarrollos bioéticos en esta dirección permite dar cumplimiento a la tarea filosófica esencial: arrastrar la concepción digna del hombre hacia nuevas comprensiones de la misma que constituyan un paso evolutivo más. Propuestas como la "ética del cuidado", la "bioética de la hospitalidad, la "bioética de las virtudes", caminan en esta futura dirección, que consideramos imprescindible.

c) También las "ciencias de la vida" plantean a la Filosofía Ética verdaderos desafíos, atacando a su propia legitimidad y a la pervivencia de su propio discurso. Desde el campo científico, en muchas ocasiones, se adopta una visión "todo comprensiva" y "todo explicativa" de las ciencias, en la que las mismas son capaces de disolver, con sus revelaciones, el misterio de la especialidad humana. Toda la realidad del hombre, desde su comportamiento, sus emociones, etc., es explicable científicamente: se pone en duda entonces su carácter esencialmente libre, la propia existencia del mundo ético humano y con ella la validez de la propia filosofía moral y de la dignidad humana. Ante una concepción del hombre unívoca y determinista, bajo la exacta razón de la ciencia, la filosofía

parece constituir una "reliquia del pasado", "el mar de nuestra ignorancia"; la ciencia supone entonces "la conquista del espíritu". En esta tesis se intenta desmontar esta peligrosa y dictatorial visión del hombre y ello se lleva a cabo con argumentos propiamente científicos: desde la propia genética encontramos ya razones decisivas para desechar el determinismo cientificista; sus propios hallazgos ponen de manifiesto el carácter esencialmente abierto, maleable, flexible de la mecánica genética, una especie de hiato que posibilita la existencia de la libertad y de la moralidad humanas. La dinámica de los genes se revela por ello incompatible con una visión de causalidad lineal, en que el hombre es el mero producto del dictado de sus genes. Ello tiene profundas e importantes consecuencias en el ámbito filosófico: la propia genética se convierte en nuestra aliada, revalidando la razón de ser de la propia filosofía, el hombre como un ser esencialmente libre que construye su mundo ético, social y cultural más allá de la mera explicación científica de su propia realidad.

d) Las nuevas revelaciones científicas también nos obligan a replantear los parámetros en los que se movía nuestra propia autocomprensión humana. Urge entonces "repensar la naturaleza humana", hacer reformas ineludibles en el edificio moral, ante las nuevas revelaciones que nos brinda la genética. Por otra parte, ésta constituye la labor filosófica esencial, máxime si entendemos, como efectivamente hacemos aquí, la dignidad humana no en un sentido metafísico, sino siempre dinámica y abierta a nuevos desarrollos. La genética nos brinda una magnífica oportunidad: el parecido genético casi exacto que mantenemos, por ejemplo, con el chimpancé, lejos de avocarnos a un nuevo reduccionismo de lo humano nos permite determinar una nueva forma de entender la misteriosa complejidad, la especialidad irreductible que representa el hombre. En ella no resulta esencial la configuración genética, sino la propia dinámica

de los genes, su "modo" de interactuación. Es este "modo" cualitativamente diferente el que nos convierte en lo que somos, en una "metamorfosis" que, sin fragmentaciones con nuestra dimensión biológica, nos permite reconocer y aceptar sin contradicción esta aparente paradoja (animalidad-humanidad) de nuestra propia especialidad. Nuestra compleja realidad genética nos posibilita efectivamente desplegarnos sobre la naturaleza sin interrupciones, permitiendo así la existencia de la autoconsciencia, del "yo", del sujeto moral libre, en definitiva, de la persona.

e) Las anteriores afirmaciones nos llevan ineludiblemente a profundizar en esta esencial tarea de "repensar la condición humana" y su dignidad. Efectivamente, también nos revelan que "animalidad" y "humanidad" son mucho más cercanas o compatibles de lo que hasta ahora mantenía la filosofía tradicional. Ello trae consigo un nuevo fundamento a nuestra propia visión de la dignidad, alejada de la conceptualización metafísica: el continuum que constituye la vida y que se expresa en el lenguaje común y universal del ADN, no nos permite ya sostener concepciones esencialistas humanas. La idea dualista de la naturaleza del hombre, que escinde o fragmenta su dimensión psíquica o espiritual de su realidad corporal, atraviesa todo el pensamiento filosófico occidental. Sin embargo, esta idea de una verdadera esencia humana más allá de la materia, inmutable, como adherida y agazapada detrás del cuerpo, mero accidente, que además sostiene la dignidad humana, entendemos que se derrumba ante las evidencias científicas: la materia se convierte en vida sin dejar de ser materia y sin reducirse a la misma. Y el misterio de lo específicamente humano se produce aquí, en la tierra, en un salto cualitativo sin interrupciones con su sustrato natural.

f) Por último, y sin ánimo de reproducir todas las reflexiones éticas que se han desarrollado al hilo de las concretas biotecnologías, destacar

como conclusión común más importante, la constatación de que su rechazo o aceptación (de las biotecnologías) viene de la mano de los fines que las mismas persigan, de los intereses y valores que promueva su desarrollo, más que de las propias técnicas en sí mismas consideradas. Tanto la clonación como la llamada genética de poblaciones, el uso de los test genéticos, o la propia ingeniería genética, pueden constituir valiosas herramientas que nuevamente nos lleven a una mayor dignificación del ser humano, o, por el contrario, constituyan nuevos modos de cosificación o instrumentalización de éste, esta vez por caminos sin retorno. La decisión final, como siempre, se encuentra en el propio hombre. En realidad, bajo estas nuevas capacidades tecnológicas subyace un viejo problema inherente al ser humano desde el mismo momento en que lo fue: las infinitas posibilidades, humanas o in-humanas, de ser, el claroscuro que representa su naturaleza bifronte, paradójicamente tensionada entre ambos polos de significación moral, y la dirección que este potencial biotecnológico finalmente tome en ellas, dignificarán al hombre o lo alienarán en nuevas formas in-humanas, degradantes. Ante esta nueva e impresionante capacidad biotecnológica que permite mutar, transformar la especie humana, más que poner un freno inquebrantable, deteniendo el proceso tecno científico, urge reconducirlo hacia la dirección adecuada: la "rehumanización" del mismo y su puesta al servicio de la dignificación del ser humano. Ello exige, como primera actitud esencial, asumir la envergadura y hondura, el potencial y también el peligro, de este "punto de inflexión" en nuestra historia que representa esta nueva posibilidad. La conciencia crítica y alerta moral se torna necesaria para superar la "compulsión tecno científica", que tiende a considerarse como un desarrollo imparable, irrefrenable, que realiza todo lo que le es posible y del que el ser humano ya no puede sustraerse. Adueñarse del proceso de racionalización y de deliberación ética del mismo constituye la

primera y más urgente labor de la ética en la actualidad. Ello exige, como hemos intentado realizar desde esta tesis, "repensar la naturaleza humana" y, en este sentido, ser capaces de decidir qué partes de la misma (en definitiva "qué" de lo humano), de nuestro legado genómico, cultural y social, ético e histórico, resultan indisponibles e irrenunciables. Defender la pervivencia de la "humanidad" del hombre, asegurando que las posibles futuras transformaciones biológicas de la naturaleza humana no rompan esta herencia, sino más bien todo lo contrario: que permitan una nueva superación, dar un paso más, pero sin ruptura con las conquistas que, en este devenir evolutivo, patrimonio de todos, hemos alcanzado. Para ello se torna ineludible abordar lo que constituye una segunda exigencia-tarea ética fundamental: en el ámbito genético y de las biotecnologías, la apuesta por el "humanismo", la dignidad y los derechos humanos, se concreta en la difusión de una concepción bio-ética y gen-ética que verdaderamente eduque en una correcta comprensión del alcance y significación real de la genética en la valoración del hombre. Con ello se estrecharía el paso a interpretaciones reductivistas y deterministas del mismo, tras las cuales se esconden importantes intereses económicos. A éstos es a quienes ciertamente conviene la implantación social de los nuevos "paradigmas biotecnológicos". Sólo una educación gen-ética "humanista" puede actuar como un antídoto eficaz contra los intentos de magnificar el poder biotecnológico que se esconden tras estos intereses. Por ello, cualquiera que sea el rumbo que la humanidad emprenda en el futuro en este campo, debe encontrarse con el límite infranqueable que constituye la obligación de preservar el carácter libre del hombre y la capacidad, esencialmente humana, de darse, a sí y por sí mismo, el sitio que quiera en el mundo, tal y como expresó Pico della Mirandola de forma sublime. La biotecnología debe servir para favorecer e incluso potenciar lo propiamente humano: su libertad. (GINER ROMMEL, 2015)

B) ADRIANE REIS DE ARAUJO (España – 2017)

Tesis Doctoral titulada: "LA DIGNIDAD HUMANA COMO LÍMITE AL PODER DE CONTROL EMPRESARIAL".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) El incremento de la velocidad de las comunicaciones e información en dispositivos móviles ha promovido el fenecimiento del tiempo y del espacio en las relaciones laborales. La empresa se ha pulverizado en individualidades dispersas, pero conectados en red y controladas por los diseños de las plataformas informáticas utilizadas. La dirección panóptica informatizada de la actividad productiva, sin embargo, se mantiene centralizada y oculta en los sistemas informáticos que emparejan los comandos de la actividad a los criterios de verificación, con lo cual el control sigue como poder visible pero inverificable a los trabajadores, con el gravamen de ser permanente e integral.

b) La automatización de las decisiones restablece la racionalidad de la máquina como medida de justicia. Su incidencia acrítica promueve la adiaforización de las responsabilidades por las decisiones empresariales con clara ventaja al empresario que cumula datos de su personal legitimado por la comprensión del consentimiento implícito del trabajador que consiente en contratar, convirtiendo en papel mojado o por lo menos atrofiando sobremanera el ejercicio de los derechos ARCO dentro de la empresa, a la vez que rechaza las discusiones sobre estas decisiones. La ausencia de la información completa sobre el diseño de los sistemas informáticos (plataformas web y entornos colaborativos) instrumentaliza los trabajadores de forma abusiva y excesiva para fuera de los marcos contractuales, pues incardina la oferta de datos personales por defecto, de forma permanente y viral, sin la debida clarificación de los riesgos futuros

a la intimidad y al desarrollo de la personalidad. Por complicar, este escenario, las NTIC permiten que los trabajadores sean controlados en espacios y momentos extra laborales, colonizando toda su vida con valores corporativos. Los espacios virtuales de ocio, en que aflora la emoción, son monitoreados y la libertad de expresión del trabajador ordinario es puesta en entredicho cuando se dirige hacia la empresa y sus integrantes, por el simple aspecto de que la Internet tiene expresivo ámbito de incidencia.

c) Claramente, estamos en un momento de transición y adaptación en que no se sabe a lo cierto cual es el próximo paso. Desde un lado enciende la "trabajabilidad" como futuro modelo de prestación de servicios autónomo, lo que supone autonomía y libertad de decisión, pero desde otro observase que esta autonomía es condicionada por la intensificación del control en manos de pocos y a servicio del Capital. El recorrido en este trabajo, desde los albores del contrato de trabajo atajado al análisis de las herramientas de disciplina y control vigentes, ha permitido visualizar el contenido esencial de la dignidad humana y de la libertad de empresa, como también de la manipulación de la emoción, de la ansiedad y de la vergüenza del trabajador para obtener la construcción de su identidad conformada a los valores corporativos. El control empresarial ha alcanzado en interior, la mente, el sueño del trabajador por la presunción de su responsabilidad individual por el éxito o fracaso personales o de la empresa. Con lo cual, el concepto jurídico de la dignidad humana, expresa en la Fórmula del Objeto de Dürig, aparece como necesario al equilibrio de la balanza de la igualdad entre las partes del contrato de trabajo por cuenta ajena. La contención de los excesos empresariales y el restablecimiento de la democracia en las relaciones laborales son rescatados por este concepto que permite hacer lucir la excelencia de la persona, la cual debe de forma autónoma y consciente buscar su propio camino, formando un dique

de contención a autoritarismos o a teses utilitarias. De forma que la dignidad humana se revela como presupuesto y límite para el ejercicio de la potestad de los poderes públicos1 y de los derechos en la relación entre particulares.

d) En el ordenamiento español, la dignidad humana inscrita en el art. 10.1 CE debe ejercer la triple función de valor superior del ordenamiento, principio constitucional y derecho fundamental, allende ser reconocida como norma de clausura. Ella inicialmente activa una barrera a la actuación estatal, pues ésta se encuentra supeditada a la persona, esto es, la dignidad es el punto de partida para los valores, principios y derechos positivados. La actuación estatal legítima transborda la inviolabilidad de la dignidad por los poderes públicos o por los particulares, resultando incompleta si no mira hacia el futuro, donde la dignidad se revela como un punto de llegada, en que se hace necesario cumplir con su deber de incrementar la autonomía individual por medidas materiales o políticas públicas.

e) Además, ella se presenta como un dique a la propia autonomía y conciencia del individuo, cuando actúa contrariamente a la dignidad de otros individuos o a los valores intrínsecos de la comunidad referentes a la dignidad. La dignidad es un privilegio y tarea pertinente a todos.2 De manera que propugnamos el reconocimiento de la dignidad humana como norma de clausura, la cual puede aportar nuevos derechos, como por ejemplo el derecho a la desconexión, con el siguiente contenido: “Toda acción digna (hacer u omitir) está permitida, a menos que comporte una limitación por una norma jurídica formal y materialmente constitucional.” Por acción digna se comprende toda acción basada en la autonomía y consciencia del individuo únicamente cuando sea igualmente

respetuosa con la dignidad humana, como valor intrínseco o de otro individuo. (Reis de Araujo, 2017)

C) ANA MARTÍ GUAL (España – 2011)

Tesis Doctoral titulada: "MATERNIDAD Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: UN ANÁLISIS, DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO, DE LOS CONFLICTOS Y EXPERIENCIAS DE LAS MUJERES USUARIAS".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) A lo largo de las páginas precedentes se ha mostrado la convergencia e interacción entre el discurso y la práctica biomédica sobre las TRA y el sistema de representaciones a partir del cual se contruyen las disposiciones que orientan y propician las prácticas de las mujeres a la hora de gestionar las dificultades relacionadas con el proceso reproductor. Dicha convergencia se produce en el seno de un marco político, económico y social que actúa como contexto propiciatorio de la dinámica de incremento de aplicación de las TRA, al tiempo que marca las principales coordenadas de su configuración y condiciona su puesta en práctica en las situaciones concretas.

b) En términos generales, los rasgos más relevantes nos remiten, por un lado, a la extensión de la actividad mercantil a todos los ámbitos de la vida, incluida la salud. El de la reproducción asistida constituye un campo de actividad investigadora, laboral y empresarial en el que los intereses económicos de las industrias farmacéuticas y biomédicas se entretejen con el afán de conocimiento y las voluntades humanitarias. Por otro lado, las características de nuestro sistema social comportan la relegación de la reproducción al terreno de la vida privada y las decisiones y responsabilidades individuales. Las condiciones sociales dibujan un panorama conflictivo para el ejercicio de la maternidad y la paternidad y en él las mujeres ocupan un lugar destacado, tanto por su papel en el proceso reproductor,

como por las desigualdades de género en el acceso a los recursos laborales, como por la persistencia de unos referentes culturales y simbólicos que hacen de la maternidad una cuestión a la que son, en potencia, especialmente sensibles.

c) La extensión de las prácticas de reproducción asistida son un hecho innegable, hasta el punto de que puede afirmarse que forman parte del escenario reproductor normalizado, sobre todo en el caso de mujeres que han alcanzado una edad cercana o superior a los 35 años. Este hecho desvela que las TRA son algo más y, en cierto sentido, algo distinto a un recurso para solucionar problemas de esterilidad y está en la base de una dinámica que conduce a un uso abusivo e innecesario de las mismas si se piensa en ellas en estos términos.

d) Ciertamente, la demanda de tratamientos ha ido en aumento, parejamente al incremento de la oferta de servicios y de la creación de centros que los prestan. Oferta y demanda han evolucionado siguiendo una dinámica de retroalimentación, en la que los intereses de los agentes implicados en la prestación de dichos servicios han jugado un papel preponderante, sin que ello se interprete de modo simplista como el resultado de una planificación abiertamente estratégica.

e) La edad de la mujer se ha erigido como uno de los principales factores de riesgo de padecer infertilidad. Esta afirmación es reiteradamente enunciada en las comunicaciones médicas y en las páginas informativas que los centros ofrecen en su publicidad. La eficacia de su transmisión queda avalada tanto por los testimonios de las mujeres entrevistadas, como por los datos ofrecido por los centros relativos a los principales perfiles de las mujeres usuarias de las técnicas.

f) Las TRA se sitúan en la vanguardia de los avances tecnológicos fruto de la investigación biomédica. Los medios de comunicación acogen con interés y entusiasmo cada uno de los logros conseguidos y su presentación al público goza de los requisitos de "noticiabilidad" al que son tan afectos los media264. Por parte de las mujeres, se ha constatado cómo ésta es la representación que prevalece, al menos en el momento previo o inicial de los tratamientos. La vivencia, jalonada en muchos casos por la experiencia de diagnósticos ambiguos, indicaciones inciertas y fracasos inexplicados, puede conducir a la adopción de una actitud de desconcierto y desengaño que suele culminar en lo que podríamos denominar una „desmitificación" de la imagen de cientificidad inicial y, en algunas ocasiones, puede propiciar la construcción de un discurso que cuestiona el modo de proceder de los centros en la divulgación de los índices de éxito.

g) Por último, "el apoyo en los especialistas y medios de difusión adecuados para que la promoción sea efectiva" se traduce, en el caso de las TRA, en la cobertura informativa antes mencionada y en la comunicación informativa y publicitaria de los centros. (Martí Gual, 2011)

D) FRANCISCA LUCEÑO MAESTRE (España – 2010)

Tesis Doctoral titulada: "VALIDEZ Y UTILIDAD DEL REGISTRO DE LA SEF DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) Aunque el registro SEF no recoge todos los ciclos de RA de ovocitos propios que se realizan en España, las conclusiones en cuanto a práctica clínica y eficacia que se obtienen de él pueden considerarse válidas pues no se influyen por aspectos organizativos tales como:

tipo de participación (obligatoria o voluntaria), monitorización de centros o publicación de los datos por centros.

b) Las conclusiones que se derivan del registro SEF en TRA de ovocitos de donante no pueden considerarse válidas pues se ven afectadas por la organización propia del Registro SEF, además de representar una escasa parte de la actividad realizada en España.

c) La implantación de monitorizaciones de los centros y la publicación de los datos por centros en los registros sanitarios deben acompañarse de diferentes estrategias encaminadas a mantener la participación de los centros.

d) El registro SEF es útil para analizar el impacto de diferentes estrategias (legislativas o recomendaciones de consenso de Sociedades científicas) encaminadas a la disminución de los embarazos múltiples en TRA basadas en la limitación del número de embriones a transferir.

e) Los cambios legislativos ocurridos en España a finales de 2003 y que limitaban el número de embriones a transferir en FIV a 3, disminuyeron la tasa de embarazos triples pero apenas tuvieron repercusión en el porcentaje de embarazos gemelares.

f) Las recomendaciones de la SEF de 2004 sobre el número de embriones a transferir han sido eficaces en la disminución de los embarazos múltiples tras FIV tanto triples como gemelares. Aunque su seguimiento ha sido heterogéneo dependiendo de la técnica, siendo mayor en ciclos con ovocitos propios que en ciclos con ovocitos de donante. Para aumentar su implantación creemos necesario actuar a nivel de los profesionales sanitarios y pacientes.

g) Gracias a la disminución de los embarazos múltiples registrados tras los cambios legislativos y las recomendaciones de la SEF, se ha producido una reducción significativa de los costes derivados de los partos de gestaciones obtenidas tras TRA.

h) Es necesario desarrollar nuevas medidas (ya sean legislativas o de sociedades científicas) enfocadas a disminuir los embarazos múltiples, para así podernos acercar al porcentaje europeo de parto múltiple derivado de las técnicas de reproducción asistida. (LUCEÑO MAESTRE, 2010)

E) HECTOR A. MENDOZA C. (España – 2009)

División de Estudios de Posgrado. Tesis titulada: "EL EMBRIÓN HUMANO Y SUS IMPLICACIONES BIOJURÍDICAS".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) La presente investigación nos ha permitido constatar que a partir del surgimiento de la ingeniería genética hemos transitado de una etapa de cuasi contemplación a otra que implica la manipulación de la vida humana. Si bien la biología como ciencia no es nueva, los procesos biotecnológicos han visto grandes avances en el siglo pasado y en lo que va de este, una muestra evidente de lo anterior es el hecho de la obtención en el año 2003 de la secuencia del genoma humano, un hecho que, sin duda alguna, marca un hito en la historia de la humanidad.

b) Si bien este tipo de fenómenos poco habían interesado al derecho, la situación actual nos obliga a replantearnos dicha actitud, hoy por hoy la ciencia jurídica está llamada a involucrarse cada vez más en este tipo de fenómenos biotecno-sociales, nuestra investigación nos permite afirmar que en el momento actual, resulta inadmisible que el derecho continúe al margen, no solo del fenómeno biotecnológico, sino de las consecuencias derivadas del mismo.

Efectivamente, en la medida en que la aplicación de dichas técnicas incide en la esfera social, es la medida en la que el derecho se ve obligado a intervenir. Nuestra investigación nos ha permitido comprobar que la concepción civilista de la persona, resulta insuficiente al momento de abordar en su integralidad las consecuencias derivadas de las técnicas de procreación humana asistida.

c) En el estado actual de las cosas, resulta apremiante preguntarnos si es correcto que la tecnología aplicada al ser humano termine por tratar a este como mero material (biológico) susceptible de ser manipulado sin limitación alguna. Creemos realmente que esto no debe ser así, y es precisamente por ello que proponemos la inmediata intervención del derecho y de los juristas en temas como el nuestro.

d) Como ha quedado demostrado, para poder enfrentarnos tales dilemas, resulta impostergable que derecho y biología tiendan puentes de entendimiento, caminos que no sean únicamente jurídicos o biológicos, vías que nos permitan entender el fenómeno desde una nueva perspectiva, la perspectiva biojurídica.

e) En nuestro trabajo tuvimos que recurrir precisamente a una de las ramas de la biología, la embriología, a fin de entender que es lo que sucede y como se desarrolla la vida humana en sus primeras etapas, esta área científica nos ha permitido aprehender una nueva concepción del desarrollo de la vida humana en sus orígenes, una de la cual durante siglos no dispusimos, pero que ahora gracias al avance biotecnológico nos obliga a replantear nuestros postulados jurídicos relacionados con la persona.

f) En ese sentido hemos demostrado que, contrario a ciertas posiciones dogmáticas, la fecundación puede derivar en seres que jamás

podrían ser considerados como personas, ni desde la óptica jurídica ni desde la óptica biológica e inclusive ni desde la óptica social. Esta afirmación se fundamenta en el hecho de que la fecundación de esperma y óvulo puede derivar en fenómenos bien conocidos por la embriología como los cigotos con cargas cromosomáticas anormales derivados de la polispermia, las molas hidatiformes, los carcinomas o los teratomas.

g) Igualmente, uno de los argumentos mayormente esgrimidos desde la perspectiva teológica, es que en el momento mismo de la concepción – entendida como fecundación- dios provee a los seres humanos de un alma, lo que lo hace desde ese momento único e irrepetible. Mediante el análisis del fenómeno de la gemelación y del quimerismo quedó demostrado que tales afirmaciones no pueden ser sostenidas en la realidad. Recordemos que en el caso de los gemelos monocigóticos o univitelinos, mediante un proceso natural, después de la fecundación óvulo esperma, el cigoto resultante se divide en dos o más, generándose diferentes individuos que sin embargo, por ser gemelos, son genéticamente idénticos. En ese sentido el argumento de la animación inmediata es, desde la perspectiva científica, insostenible. (MENDOZA C., 2009)

F) GABRIEL MUÑOZ BONACIC (Chile – 2014)

Tesis titulada: "EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO".

Trabajo PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO PRIVADO.

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) Nuestra Constitución no recoge un concepto de matrimonio, limitándose a establecer un mandato amplio de protección a la familia, grupo intermedio que debe ser, a su vez, entendió (sic) en términos amplios, acorde con las funciones que desempeña en una

sociedad pluralista y democrática como la chilena, cuya Constitución parte afirmando la igual dignidad de todas las personas.

b) Nuestra Constitución Política reconoce una serie de derechos que exigen conferir un tratamiento igualitario a todas las personas y una interpretación inclusiva de las instituciones sociales, como el matrimonio.

c) En primer lugar, el derecho a la igualdad ante la ley, necesaria consecuencia del reconocimiento de la misma dignidad intrínseca de que está dotada cada persona, impone al estado el deber de tratar con el mismo respeto a todas las personas, permitiéndoles desarrollar sus planes de vida autónomamente configurados, garantizando un igual acceso a las instituciones sociales.

d) La existencia de este deber de tratamiento igualitario y respetuoso de las diversas concepciones del bien que pueden desarrollar seres autónomos, como son las personas, es complementada en nuestra Carta por el principio de servicialidad, que impone al estado el deber de proteger y promover estas distintas opciones de vida, compatibles con el bien común.

e) Privar a un grupo de personas de la posibilidad de acceder a la institución matrimonial importa negarles la dignidad que la propia Constitución les reconoce, impidiéndoles el acceso a una institución considerada socialmente indispensable para el pleno desarrollo de una vida buena; e implica desconocer toda dimensión pública a la relación construida por los miembros de la pareja, desde el momento que se les niega la posibilidad de comprometerse públicamente ante sus semejantes, tratamiento discriminatorio en perjuicio de las parejas del mismo sexo que no cuenta con ninguna

justificación razonable en una República democrática que acepta la diversidad de formas de vida.

f) Finalmente, la señalada discriminación no sólo tiene efectos en el ámbito simbólico. En nuestro ordenamiento, el matrimonio desarrolla sus consecuencias mucho más allá del ámbito de las relaciones familiares, siendo considerado en innumerables disposiciones como condición o preferencia para el goce de ciertos derechos. Pues bien, desde el momento que se priva a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a esta institución social, el Estado también les está vedando el acceso a una serie innumerable de ventajas asociadas al estatus de casado, confiriéndoles de esta forma un tratamiento discriminatorio, que dificulta o incluso impide la realización de un plan de vida que consideran indispensable para su propia felicidad. (Muñoz Bonacic, 2014)

2.1.2. A NIVEL NACIONAL

A) MARLENE SUSANA VELÁSQUEZ VARGAS (Arequipa – 2015)

Tesis titulada: "NECESIDAD DE INCLUIR EL DELITO DE CONTRATO DE

MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO. Trabajo PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO PROCESAL PENAL".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) La Maternidad Subrogada es vista como un método de procreación extraordinario en caso de infertilidad o esterilidad severa de las parejas y posee un alto grado de aceptación en su práctica y en la idea de una futura legislación que sancione la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el desconocimiento de varios derechos fundamentales.

b) Pese a existir una incorporación de acápites en sistemas jurídicos extranjeros que ya contemplan la sanción penal de la Maternidad Subrogada aun en nuestra legislación se mantiene reinantes en el campo de la filiación "Mater semper certa est" y "Partus sequitur ventrem", se determina que madre legal es aquella de donde ha nacido el hijo.

c) Los niños y niñas poseen el derecho fundamental de la identidad que implica la maternidad y paternidad y se entienda a la maternidad como un rol socio-comercial atribuido legalmente.

d) La falta de legislación conlleva a las técnicas de reproducción humana asistida, además de generar incertidumbre en las situaciones jurídicas respecto de la filiación correspondiente a los padres y los hijos nacidos mediante estos métodos y obviamente a través de subrogación materna, ha creado también un culto de clandestinidad e impunidad sobre esta práctica.

e) No existe nuestra legislación penal, un acápite especial para la maternidad subrogada. (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

B) DIANA CAROLINA PÉREZ PITA (Chiclayo – 2015)

Tesis titulada: "PRESUPUESTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS MÍNIMOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA ANTE UNA INMINENTE REGULACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ. Trabajo PARA OPTAR EL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO DE FAMILIA Y DE LA PERSONA".

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) Hasta la década del '70 la idea de fecundación como inicio biológico de la vida era universalmente aceptada pero la aparición de nuevas formas de contracepción desencadenó que el concepto de

fecundación (concepción) ya no sea visto como el evento inicial de la vida del individuo sino como un acontecimiento relativamente trivial, generándose nuevos planteamientos sobre el inicio de la vida que tomaron más fuerza con la aparición de las TRAS. Por eso es que mediante la aceptación teorías que no sean la de la concepción. Se da luz verde a la contracepción, implementación procedimientos de manipulación embrionaria como las TRAS, la congelación de embriones, el diagnóstico genético preimplantatorio entre otras.

b) El ordenamiento jurídico peruano reconoce al concebido y por lo tanto protege la vida desde el momento de la concepción, entendida como la unión del óvulo y espermatozoide se da paso a un nuevo ser completamente distinto a las células que le dieron origen.

c) En nuestro país, científica y jurídicamente, la persona humana obtiene protección desde la concepción garantizando sus derechos, esto es, reconoce el derecho a la vida e integridad física desde su inicio, el derecho de sucesión, etc. Esta protección se aprecia tanto en la norma fundamental (Constitución) como en leyes de menor rango; por lo tanto, cualquier atentado o manipulación en esta fase del desarrollo sería contraria a nuestras doctrinas y legislación vigente.

d) Las TRAS se encuentran presentes en nuestro país a través de diversas clínicas de fertilidad. Estos centros especializados encuentran un respaldo legal en el artículo 7° de la LGS que permite el uso de las TRA.

e) Si bien nuestro ordenamiento jurídico es proteccionista de la vida y ha quedado demostrado que las TRA son un atentado directo contra el derecho a la vida del concebido, pese a ello la LGS sigue vigente y resulta imposible pedir la inconstitucionalidad puesto que el plazo

para realizar dicha acción ya prescribió. La mejor solución hubiera sido que se derogara dicho dispositivo legal que introduce las TRA, lo cual no sucedió. Por el contrario, se ha promulgado nueva legislación contra el derecho a la vida como el Protocolo del aborto terapéutico.

f) El jurista debe antecederse a una posible realidad, por lo que, ante esta incongruencia entre nuestro sistema proteccionista de la vida y la legitimidad de las TRA, a través del art. 7 de la ley general de salud, resulta conveniente establecer unos límites a la aplicación de las TRA, que busque en lo posible el mayor respeto a la dignidad de la persona (madre e hijo). Cabe aclarar que no se trata de impedir el desarrollo científico, sino de reflexionar sobre el asunto y darnos cuenta que es mejor ponerle límites cuando se está en riesgo conceptos tan delicados que tienen repercusión no sólo científica, sino también social, moral, ético y legal.

g) Estos límites son: el respeto de la dignidad de la persona, tanto del concebido como de la madre y el respeto por el cuerpo de la mujer evitando ser utilizado como instrumento para la medicina. Estas directrices son complementarias con la idea de que ninguna persona puede ser un medio sino siempre un fin‖, dejando de lado el mal entendido del derecho al hijo. (Pérez Pita, 2015)

C) ROLANDO HUMBERTO CANESSA VILCAHUAMÁN (Lima – 2008)

Tesis titulada: "Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana".

Trabajo para optar el grado académico de Magíster en derecho con mención en Derecho civil y comercial.

Teniendo como conclusiones a las siguientes:

a) Un dato de nuestra realidad nacional es la utilización, cada vez más recurrente, de las técnicas de reproducción humana asistida por miembros de nuestra sociedad, a pesar de que éstas técnicas no han merecido mayor tratamiento por parte de nuestra legislación; de esta forma los límites en su aplicación ha quedado supeditada a la particular formación ética de cada uno de los operadores de los servicios de salud que las aplican y de los escrúpulos, o de la falta de ellos, de los que se valen de los usuarios de éstas.

b) Dada la utilización efectiva y real de las técnicas de reproducción humana asistida en nuestra realidad, el legislador nacional no puede asumir posturas como la de los integrantes de la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, que han prohibido la aplicación de la fecundación in vitro en su país, pues tal hecho supondría negar una situación de hecho incontrovertible y considerar que las normas jurídicas pueden cambiar la realidad fáctica, cuando en realidad son las normas las que deben adecuarse a las constantes cambios que se producen en la sociedad en que se aplican; por tal motivo consideramos errada la postura abstencionista que se aplica entre nosotros, pues hasta el momento no se regula, en nuestro país la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida.

c) Para la regulación definitiva de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario que el legislador nacional cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana.

d) Con la revisión del tratamiento legal que las técnicas de reproducción asistida reciben en varios países se ha podido comprobar que aún no existe consenso en cuanto a los límites de aplicación de éstas, aun cuando todos parecen coincidir que el límite está constituido por el respeto de la dignidad de las personas.

e) Entre los principales problemas que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida generan se cuentan a los que se refieren a los libros de Derechos de Personas y Derecho de Familia de nuestro Código Civil, haciéndose patente, de esta forma, la necesidad de modificar nuestra legislación civil sustantiva.

f) Con relación al Libro I de nuestro Código Civil que trata sobre el Derechos de Personas se debe tener en cuenta lo siguiente:
   - Nuestra legislación nacional, en lo referente al inicio de la vida humana, adopta la postura de la concepción, se haya producida ésta dentro del útero femenino o no, en consecuencia debe prohibirse todo tipo de investigación en embriones humanos, asimismo debe prohibirse la generación de más embriones humanos de los que van a ser transferidos al útero de la madre, resultando necesario que se determine el número máximo de óvulos que pueden ser fecundados con estos fines, por lo que la distinción que se hace en España entre pre-embrión y embrión no resulta válida en nuestra realidad normativa, pues entre estos dos estadios de formación no existe mayor diferencia ontológica.
   - A pesar de la prohibición anterior, y entendiendo que entre nosotros la solo prohibición de la realización de una conducta determinada no asegura que ésta deje de suceder, de existir los denominados embriones supernumerarios se debe obligar la crioconservación de los mismos en condiciones apropiadas para su permanencia exitosa, dado que a pesar de los esfuerzos de la medicina y la biología, aún hoy no se puede establecer con

precisión científica, cual es el momento exacto en el que se produce la concepción.

- Cada embrión humano goza del derecho a la integridad por lo que toda intervención en él debe realizarse con fines terapéuticos y debe prohibirse todo tratamiento que suponga una alteración en su constitución o en la información genética que contenga, por lo que resulta imprescindible prohibir prácticas como las de elección de sexo, determinación de características fenotípicas —color de ojos, de cabello, etc.— que responden a satisfacer gustos particulares de las personas. (Canessa Vilcahuamán, 2008)

2.1.3. A NIVEL REGIONAL Y LOCAL

A nivel de la Región y de la localidad de Huancavelica no existen trabajos relacionados con las variables de estudio del presente trabajo. Habiéndose realizado la búsqueda en la biblioteca de la Universidad Nacional de Huancavelica y en las demás Universidades Privadas (Facultad de Derecho y CCPP) de la localidad de Huancavelica.

2.2. BASES TEÓRICAS

2.2.1. LA VIDA HUMANA Y SU INICIO

Existen diferentes teorías que intentan explicar el comienzo de la vida humana, veamos brevemente algunas de ellas:

a) Teoría de la fecundación

Sostiene que el inicio de la formación de la vida humana es desde la concepción, entendida estas como la unión del ovulo (gameto femenina) y el espermatozoide (gameto masculino) generando una vida distinta de la de sus progenitores con un patrimonio genético propio e irrepetible[1].

[1] Cfr. BAILON CABRERA, José de Jesús. ―Consideraciones de la Bioética y la ciencia del Derecho‖ en Podium Notarial, Número 29, Junio 2004 [ubicado el 05.VIII.2013] Obtenido en

b) Teoría de la anidación

Afirma que la vida humana existe a partir de que el cigoto se fija en la pared del útero materno, lo que se produce a los 14 días de la fecundación puesto que un embrión implantado asegura en mayor medida un embarazo próspero impidiendo que la naturaleza, en su proceso normal de selección, realizara un descarte embrionario (VILLANUEVA HARO).

c) Teoría de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central Algunos seguidores de esta teoría sostienen que el inicio de la vida es el momento en que comienza la traslación de la información genética correspondiente al sistema nervioso central que tiene lugar entre los días 15 y 40 de la evolución embrionaria puesto que en este momento aparecen los rudimentos de lo que posteriormente será la corteza cerebral.

Los otros seguidores de esta teoría, sostienen que el inicio de la vida humana está dado por la actividad eléctrica del cerebro que tiene lugar a las 8 semanas de la fecundación. (GAMARRA, 2004)

En nuestro país, la sentencia del Tribunal Constitucional en materia de la AOE señala que se considera el inicio de la vida de un ser humano desde la fecundación: ―… este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser... La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-

http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/29/pr/pr11.pdf ; y CALCAGNO, Carolina. ―Protección jurídico-penal del embrión in vitroll en Las tesinas de Belgrano, Universidad de Belgrano, 2003 [ubicado el 05.VIII.2013] Obtenido en http://www.ub.edu.ar/investigaciones/tesinas/88_calcagno.pdf.

madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente…"[2]

2.2.1.1. Embrión

Según la Real Academia Española el embrión es ―ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de las especie, ―en la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo y ―principio no desarrollado de algo" (Española, 2001).

2.2.1.2. Infertilidad

En el medio hispanohablante, se ha entendido como infertilidad la incapacidad para generar gestaciones capaces de evolucionar hasta la viabilidad fetal. Por tanto, este concepto engloba situaciones como el aborto de repetición, la muerte fetal intrauterina, el parto prematuro, etc. En la actualidad, se tiende a preferir el término pérdida gestacional recurrente‖ para designar este conjunto de procesos[3].

Sin embargo, la OMS ha referido que infertilidad es aquella enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas."[4]. Es para muchos países del mundo un problema de salud pública dada sus

[2] STC del 16 de octubre de 2009 {Expediente N° 02005-2009-PA/TC}, Fundamento jurídico N° 38
[3] Cfr. Sociedad Española de Fertilidad. Saber más sobre fertilidad y reproducción asistida, Sociedad Española de Fertilidad, Madrid, 2012, p. 17
[4] OMS. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010

elevadas y crecientes tasas de prevalencia e incidencia, aunque no es el caso peruano.

A pesar de las distintas definiciones, la infertilidad se clasifica en dos categorías:

- La infertilidad primaria se refiere a las parejas que nunca han podido quedar en embarazo después de al menos un año de relaciones sexuales (coito) sin protección.
- La infertilidad secundaria se refiere a las parejas que han estado embarazadas al menos una vez, pero nunca después (http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001191.htm , s.f.).

2.2.1.3. Esterilidad

La esterilidad es la incapacidad para lograr gestación tras un año de relaciones sexuales con frecuencia normal y sin uso de ningún método anticonceptivo. La probabilidad de gestación espontánea es claramente dependiente del tiempo. El 85% de las parejas logran espontáneamente una gestación en el transcurso del primer año, y un tercio de estos embarazos ocurre en los tres primeros meses de ese periodo. En los doce meses siguientes, conseguirá la gestación espontáneamente un 5% adicional de parejas. Por tanto, y según establece la simple observación, la mayoría de las parejas que no han logrado una gestación tras un año de intentos estarán afectadas por alguna limitación de la capacidad reproductiva[5].

[5] Cfr. Sociedad Española de Fertilidad, Op. cit. p. 18.

2.2.1.4. Fecundidad

En lo que respecta a la fecundidad, la ENDES 2009[6] señala que la tasa global de fecundidad es de 2,6 hijos por mujer para el período de 2006 2009, que representa una disminución del 10, 3% respecto a lo estimado en la encuesta anterior (2000). Es importante precisar que las mujeres sin educación tendrían 2,3 veces el número de hijos que aquéllas con educación superior. La fecundidad es la probabilidad que tiene la mujer de quedar embarazada en un ciclo menstrual específico y es aproximadamente del 20%, dependiendo de su edad. Esto lleva a que el tiempo promedio para desarrollar un embarazo sea de aproximadamente cuatro meses13. La fertilidad es la capacidad de parir un recién nacido vivo.

2.2.2. TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA (TRAS)

Las técnicas de reproducción asistida (TRAS) son técnicas empleadas para concebir un ser humano fuera de la intimidad del acto sexual, con la intervención de terceras personas, técnicas en la materia y gran parte de las veces fuera del hábitat natural en que esto acontece, o al menos alterando o interviniendo en tal hábitat. *(BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación, 2007)*

Existen muchas técnicas de reproducción asistida las que podemos clasificar del siguiente modo:

2.2.2.1. INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Es una de las técnicas más antiguas y más simples. Consiste en la introducción en el útero de la mujer del esperma de varón y por ello reemplaza la relación sexual en la pareja como medio para lograr el embarazo utilizándose, especialmente, para superar

[6] INIEI. Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2009. INEI mayo 2010. Lima. http://proyectos.inei.gob.pe/endes/endes2009/resultados/

algunos casos leves de infertilidad masculina y femenina[7]. Se clasifican en:

- ✓ Homóloga: cuando el semen procede del marido o de la pareja de la mujer.
- ✓ Heteróloga: cuando el semen procede donante.

Un problema serio que se presenta con esta técnica es la posibilidad de embarazos múltiples. Con frecuencia, antes de inseminar artificialmente se dan drogas a la paciente para inducir la ovulación. Se produce la posibilidad de superovulación, lo cual incrementa el riesgo de embarazos múltiples[8].

2.2.2.2. FECUNDACIÓN "IN VITRO" CON TRANSFERENCIA DE EMBRIONES (FIVET)

Consiste en aislar un óvulo en una probeta y ponerlo en contacto con semen, para que éste fecunde al óvulo, posteriormente el embrión así obtenido se transfiere al útero de la mujer. A su vez, la FIVET puede ser.

- Homóloga: tanto el óvulo y semen utilizado pertenecen al matrimonio o pareja de solicitantes y la transferencia del embrión se realiza al útero de la mujer integrante de la pareja.
- Heteróloga: cuando bien el óvulo o bien el semen o incluso ambos, proceden de donante. La transferencia de embriones se realizada al útero de la mujer integran de la pareja solicitante.

Cabe también la posibilidad de que el embrión obtenido in vitro, se transfiera a mujer diferente de la que lo solicitó ya esté sola o con pareja. Este caso sería el conocido como "vientre de alquiler".

[7] INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008, p. 36.
[8] INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina. Op. Cit. p. 36.

2.2.2.3. TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS (TIG)

Consiste en la introducción en las trompas uterinas de la solicitante o usuaria de óvulos propios o de donante, previamente madurados en laboratorio, mezclados con semen también previamente capacitado. En este caso la fecundación se produciría en las trompas de Falopio. Dependiendo de la procedencia de los gametos de la TIG puede ser también homóloga o heteróloga.

2.2.2.4. CONSECUENCIAS POSITIVAS DEL USO DE LAS TRAS

Logro de un embarazo y posterior nacimiento de un hijo, ayudando a parejas que consiguen el éxito del tratamiento

La magnificidad de los resultados de las técnicas y una de las mejores demostraciones del avance de la ciencia.

Sin embargo, cabe preguntarnos si atravesar por tan cuestionado procedimiento vale la pena y si éstos están de acorde a la ética y a las leyes.

2.2.2.5. CONSECUENCIAS NEGATIVAS DEL USO DE LAS TRAS

Enumeraremos rápidamente algunas de las consecuencias negativas de las TRAS, para en el último capítulo abordar con mayor énfasis cada una de ellas. Así podemos mencionar:

- La medicina aborda el cuerpo como si sólo se estuviera manipulando órganos y sabemos que no es así.
- Sometimiento excesivo a los eventos preparatorios para el uso de las técnicas, por ejemplo, la administración de la hormona gonadotropina para ayudar a activar la ovulación puede inducir el llamado ―síndrome de hiperestimulación ovárica‖. Este síndrome afecta hasta el 10 % de las mujeres que pasan

por la fecundación in vitro y puede tener menos o mayor gravedad. (JOUVE DE LA BARREDA, 2012)

- Utilizar en exceso las técnicas: uso del DGPI y la elección del sexo del bebé.
- Uso indiscriminado de donadores de gametos.
- Oportunidad de llevar a cabo la reducción embrionaria como la única posibilidad de que entre los embriones implantados, al menos, uno sobreviva. Se utiliza en casos de embarazos múltiples para facilitar el desarrollo de los embriones. Este procedimiento no es más que una técnica abortiva.

2.2.2.6. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y COMPARADA EN CUANTO A LAS TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA (Pérez Pita, 2015)

A) Análisis de la legislación y jurisprudencia peruana

En el presente segmento desarrollará el artículo 7° de la Ley General de Salud y los lineamientos para garantizar el ejercicio de la Bioética desde el reconocimiento de los Derechos Humanos, así como los dos proyectos de ley que hasta la fecha existen para regular el uso de las TRA comparándolos en la medida de los posible con la legislación italiana.

a) Ley General de Salud

En el Perú la LGS, Ley N° 26842, en su artículo 7°[9] permite el uso de las TRA con excepción de la experimentación humana y la clonación.

[9] Artículo 7 –Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Sin embargo, no se ha tomado en cuenta que estos procedimientos producen la creación de embriones en número superior a los nacimientos deseados por los futuros padres, por lo que, una vez conseguido el objetivo (tener un hijo) el resto de embriones no utilizados, son manipulados, congelados o simplemente desechados, olvidándose que, los mencionados embriones en su calidad de concebidos y persona poseen dignidad y protección jurídica.

b) Proyecto de Ley N° 1722/2012 "Ley que regula la reproducción humana asistida"

El proyecto refleja la preocupación del legislador por regular el uso de las técnicas de reproducción humana asistida tal como ocurre en otros ordenamientos jurídicos modernos, reconoce la complejidad de las materias tratadas en el Proyecto de Ley, como el régimen de donación de gametos, la protección de datos de los donantes, y el tratamiento del pre-embrión y embrión, las que ameritan un debate multidisciplinario amplio y profundo.

Sin embargo, existen conceptos incluidos como el de pre-embrión, establecido en el Numeral 2 del Artículo 1º del Proyecto de Ley Nº 1722/2012CR, que señala que se entiende por pre-embrión al ovocito fecundado hasta el decimocuarto (14) día, lo cual no sería coherente con la configuración del concebido en nuestro ordenamiento jurídico, más aún si diferencia desde el punto de vista técnico que habría entre las definiciones de pre-embrión y embrión que menciona el proyecto no se encuentran del todo claras.

En ese sentido, haciendo una comparación con las normas, el numeral 1 del artículo 4º de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a que se respete su vida y que este derecho se encuentre protegido desde el momento de la concepción. Por su parte, el numeral 1 del artículo 2º de la Constitución Política del Perú señala que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. Igualmente, el artículo 1º del Código Civil establece que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. Por lo tanto, los conceptos que el presente proyecto quiere incorporar serían contrarios a nuestro ordenamiento.

Por otro lado restringe el uso de TRA a sólo cuatro técnicas10 permitiendo su uso sólo cuando configure probabilidades de éxito, sin riesgo grave para la salud y la información debidamente brindada. También admite la donación de gametos mediante contrato gratuito72, el DGP y la investigación en embriones.

c) Proyecto de Ley 2003/ 2012-CR.

Este proyecto de ley lleva por nombre ―Ley que modifica el artículo 7° de la Ley General de Salud, referida al uso de las Técnicas de Reproducción Asistida. En efecto, en su único artículo amplía el uso de las TRA a la reproducción humana asistida heteróloga y a la maternidad subrogada previa autorización del Juzgado de Familia y/o Mixto.

[10] Artículo 2° del Proyecto de Ley 1722-2012-CR.- ―1. Las técnicas de reproducción humana que reúnen las condiciones de acreditación científica y clínica son: 1. Inseminación artificial; 2. Fecundación in vitro e Inyección intracitoplasmática de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones.; 3. Transferencia intratubárica de gametos.

Para ello, a la solicitud al Poder Judicial debe anexarse el informe médico indicando que la única forma de procrear es mediante el uso de las técnicas de reproducción humana heteróloga y/o maternidad subrogada fundamentando el por qué no se recurre a otras técnicas. Este trámite se realiza vía proceso no contencioso.

En la exposición de motivos se aprecian ideas como que el Derecho no puede quedarse atrás ante el avance de la ciencia y debe normas las nuevas relaciones que surgen de los avances en las Ciencias Biológicas.

En cuanto a la maternidad subrogada añade que es una técnica que representa esperanza para aquellos matrimonios o parejas que no pueden tener niños, utilizándose siempre que los beneficios sean mayores a los riesgos asumidos; reconoce que es una de las más criticadas y los problemas que se han suscitado alrededor de ella.

d) Proyecto de Ley 3034/2013-CR.

El proyecto de ley pretende regular las técnicas de reproducción humana asistida y procedimientos que tengan por finalidad paliar la esterilidad humana con carácter subsidiario o usarlas como prevención o tratamiento de enfermedades genéticas bajo recomendación médica11. Además, el centro de salud debe de contar con las autorizaciones respectivas para realizar dichas prácticas. Por otro lado, las personas que pueden

[11] Proyecto de Ley General de técnicas de reproducción humana asistida. Proyecto Ley 3034/2013-CR —Artículo 1°.- La presente ley, regula las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), específicamente los distintos procedimientos que tengan por finalidad fundamental paliar la esterilidad humana con carácter subsidiario cuando otras terapéuticas hubieran sido desechadas por inadecuadas, ineficientes o clínicamente inconvenientes. Asimismo, podrán utilizarse en la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas hereditarias, siempre y cuando su utilización haya sido médicamente recomendada por el especialista del centro de salud, los mismo que deberán estar debidamente autorizados para realizar dichas prácticas.

tener acceso a las TRA son los cónyuges en matrimonio o parejas en concubinato con problemas de fertilidad quienes serán considerados padres del niño con independencia del origen del material genético[12]. Para dar inicio al ―tratamiento‖ elegido es necesaria la solicitud y aceptación de las mujeres que se someterán y por parte de los varones (esto es cónyuge o concubino) la declaración de consentimiento para la aplicación de la TRA pudiendo ser revocado en cualquier momento antes de su realización[13] y por lo tanto, está prohibida la impugnar la filiación de los hijos producto de la utilización de las TRA[14].

B) Análisis de las TRAS en el ámbito comparado (Pérez Pita, 2015)

a) Estudio de la legislación italiana.

Italia a través de la Ley N° 40, del 19 de febrero de 2004 sobre ―Normas en materia de procreación médica asistida considera la fecundación artificial como un recurso permitido en el caso que no existan otros métodos terapéuticos eficaces para eliminar las causas de infertilidad o esterilidad por lo que no puede ser considerado un método procreativo alternativo al natural sino un mero recurso terapéutico.

De esta manera, considera como usuarios únicos de estas técnicas a las mujeres mayores de edad en edad potencialmente fértil y casadas o que no estando casadas

[12] Proyecto de Ley General de técnicas de reproducción humana asistida. ―Artículo 3.- En la aplicación de las TERAS, se considera padres a los cónyuges y/o pareja en relación de concubinato, que para paliar su infertilidad, hayan declarado su voluntad procreacional de recurrir a las TERAS, con independencia del origen genético del material reproductor empleado. Ningún vínculo de filiación será establecida entre el donante y el infante fruto de la procreación, en caso de TERAS mediante tercer donante.

[13] Proyecto Ley 3034/2013-CR: Ley General de técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 9.

[14] Proyecto Ley 3034/2013-CR: Ley General de técnicas de reproducción humana asistida. Artículo 11.

vivan con varón (requiriendo manifestación conjunta de su consentimiento) y excluyendo a los donantes de gametos. Además, protege al embrión de cualquier experimentación e intervención sobre el mismo que no tenga como objetivo su salud y desarrollo. También se prohíbe la crioconservación y la supresión de embriones. A través de los artículos 4 y 6 se establece que las parejas que recurren a estas prácticas previamente debieron intentar alguna terapia médica, quirúrgica o psicológica para luchar contra la esterilidad, una vez comprobada la imposibilidad de procreación[15] se puede proceder, bajo los criterios de gradualidad (procedimientos menos invasivo) y consentimiento informado[16] a las TRA.

b) Caso Costa Rica

En Costa Rica se dictó el Decreto Presidencial No. 24029-S sobre la Regulación de la Reproducción Asistida del 3 de febrero de 1995.

En este Decreto se hace una regulación parcial de la reproducción asistida autorizando la reproducción asistida homóloga entre cónyuges por un equipo profesional interdisciplinario, previos requisitos indispensables, entre ellos: que sea el último medio técnico terapéutico para concebir, y que informado el matrimonio sobre la adopción renuncie a ella; y, permite la reproducción asistida

[15] Artículo 4, inciso 1 de la Ley 40/2004.- ―El recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida sólo es permitido cuando se haya verificado la imposibilidad de remover de otro modo las causas que impiden la procreación y queda circunscrito a los casos de esterilidad o infertilidad por causas desconocidas y documentadas por el acto médico y también a los casos de esterilidad y de infertilidad por causas comprobadas y certificadas por el acto médico.

[16] Artículo 4, inciso 2 de la Ley 40/2004.- ―Las técnicas de reproducción asisitida se aplicarán de conformidad con los siguientes principios: a) gradualidad, con el fin de evitar recurrir a intervenciones que tengan un grado técnico y psicológico muy invasivo y gravoso para los destinatarios, inspirándose en el principio de la invasividad menor; b) el consentimiento informado que se llevará a cabo de conformidad con el artículo 6…

heteróloga en el matrimonio cuando aún con las técnicas homólogas no se puede concebir, se identifique el tercero donante y se renuncie a las posibilidades a una adopción, entre otros requisitos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, por sentencia del 15 de marzo de 2002, con el voto disidente de dos magistrados, declaró la inconstitucionalidad de dicho Decreto por razones de forma y de fondo. Entre otras razones expresa las siguientes:

El Decreto No. 24029-S es declarado inconstitucional y, como consecuencia, nulo por defecto de forma, al violar la reserva de ley que exige este tipo de norma que regula la materia que contiene y no un reglamento ejecutivo.

- Desde la concepción existe la persona y un ser vivo con derecho a ser protegido.
- El artículo 4.1 del Pacto de San José dispone el respeto a la vida desde el momento de la concepción.
- El embrión es un sujeto de derecho y no un mero objeto y debe ser protegido con igualdad a otro ser humano y solamente las tesis contrarias permitirían que sea congelado, vendido, sometido a experimentación e incluso desestimado.

La aplicación de la técnica de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria atenta contra la vida humana.

- En esta técnica se produce una elevada pérdida de embriones que son seres humanos.
- Admite que se pueden mejorar las técnicas y desaparecer las objeciones.
- Ni por norma legal es posible autorizar la aplicación de esta técnica, aunque en el voto disidente se dice que no necesita de regulación legal para aplicarse.

2.2.3. LA MATERNIDAD SUBROGADA

La evolución médica en el campo de la reproducción humana destruyó el principio del derecho romano que atribuía la maternidad por el hecho del parto y la paternidad por una presunción derivada del matrimonio: "Mater semper certa est, pater est, quem nuptiae demonstrant", debido a que a través de la fecundación in vitro y la inseminación artificial, quien lleve a cabo la gestación y el trabajo de parto no será necesariamente la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.

Dentro de la denominada Maternidad Subrogada, puede haber tres mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la que suele llamarse "comitente", que toma la iniciativa y decisión última y es causa eficiente de dicho nacimiento; la que pone el óvulo (maternidad genética) y la que lleva a cabo la gestación (maternidad de gestación). A veces esas tres funciones pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cual es la maternidad relevante; es decir, la maternidad legal, entendida como la atribución de la función jurídica social de madre.

2.2.3.1. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

Para Cano (Cano, Maternidad Subrogada, 2007) subrogar significa: Sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra. Se trata de una especie de reemplazo que cumple una función que, por algún motivo, son desplazados y suplantados por otros que llevarán a cabo la tarea asignada a los primeros.

Manasevich (2008) manifiesta:

Jurídicamente la subrogación no tiene otra significación que la de la palabra misma: remplazar, sustituir algo o alguien por otra cosa o persona.

En consecuencia, consiste en sustituir una persona o cosa por otra persona o cosa, en términos tales que la nueva, pase a ocupar la misma situación jurídica de la anterior.

2.2.3.2. MODALIDADES DE MATERNIDAD SUBROGADA

A) Maternidad Tradicional

En el caso de la subrogación tradicional, una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. Lo particular de estos casos de inseminación artificial es que la criatura que se ha de concebir, no solamente se aloja en el vientre de la subrogada, sino que el óvulo del que proviene es de la subrogada.

"Se presentan cuando una mujer es contratada por la persona, o personas, con interés y ésta acuerda ser inseminada artificialmente con el fin de dar a luz una criatura. (Cano, Maternidad Subrogada., 2007)

B) Maternidad Gestacional

Este tipo de maternidad se presenta a través de la transferencia de un embrión fertilizado al útero de la madre subrogada.

El consentimiento en la maternidad subrogada claramente se manifiesta antes de la concepción. "Este hecho ha estado sujeto a críticas, específicamente se ha argumentado que el consentimiento a la entrega de custodia antes de haber tenido la experiencia de llevar en el vientre a un niño por nueve meses, es uno no informado y por lo tanto no es válido". (Vera, 1994)

Este tipo de subrogación también es conocido como alquiler de útero. En estos casos la madre genética de unos embriones, no los puede anidar en su vientre por algún motivo. Bajo esta premisa la misma le pide o contrata a otra mujer para que esta geste el feto y al nacer le entregue el niño.

a) Ovo donación

Es el caso inverso a la subrogación gestacional ya que la mujer tiene deficiencia ovárica, no genera óvulos pero sí puede gestar por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulo, la donante no se encargará de la gestación, ni tampoco del alumbramiento. Es un caso de maternidad parcial.

Se produce un caso de trigeneración humana (espermatozoide del marido, óvulo de una mujer cedente y gestación de la mujer).

b) Embriodonación

La pareja padece de infertilidad absoluta. La mujer no genera óvulos ni puede gestar, hay deficiencia ovárica y uterina y el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de esperma y una mujer que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso especial de procreación humana integral. Se produce un caso de multigeneración humana (el esperma de un cedente, el marido y mujer infértiles, e inseminación a una mujer).

2.2.3.3. MATERNIDADES INMERSAS DENTRO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

- **Maternidad genética**

  Recae sobre aquella mujer que aporta el material genético (óvulo).

- **Maternidad de gestación o portante**

  Se le atribuye a la mujer que gesta al niño durante los nueve meses que dura el embarazo.

- **Maternidad biológica**

  Es aquella que abarca las dos anteriores, es decir aportando el óvulo y la gestación.

- **Madre legal o jurídica**

  Aquella que la ley reconoce como tal.

- **Madre comitente o de deseo**

  Es aquella que quiere y anhela al niño, y que puede coincidir o no, con algunas de las maternidades anteriores. Posee la voluntad pro creacional.

2.2.3.4. ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

Los principales argumentos pueden agruparse básicamente en siete planteos que expondremos a continuación:

- La maternidad es un proceso natural e incorporar otras variables que desnaturalicen el proceso es moralmente inaceptable.

  Este es uno de los argumentos más frecuentemente dado por quienes sostienen posturas conservadoras. Podemos hablar en estos casos del "mito de la naturalidad", en estos planteos existe cierta nostalgia por un pasado mitificado y suelen tener una visión idílica de la familia y los roles de los miembros de la misma, para ellos en las familias de antes todo era natural, puro y bueno.

  Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es inmoral, es una forma más de apropiación, control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.

  Este argumento quizás sea un poco más atendible que el anterior, ya que ésta objeción moral puede resultar verdadera en algunos casos. Señala que las mujeres históricamente fueron tomadas como

objetos, manipuladas y explotadas por los varones para sus propios fines y que esta versión moderna del machismo patriarcal continúa imponiéndole a la mujer la obligación de parir, usándola como recipiente. Debemos rescatar este argumento que plantea una posibilidad de abuso por su condición de mujer y en general por las situaciones socioeconómicas que pueden atravesar, en ese caso la decisión no es libre, sino que está motivada por ejemplo por una necesidad económica imperiosa. En casos de extrema vulnerabilidad y pobreza algunas mujeres pueden ser reclutadas y explotadas aprovechándose de sus difíciles situaciones, simplemente para usarlas como medios para gestar y parir hijos.

- El valor de intercambio dado por el dinero en la maternidad subrogada mercantiliza a los seres humanos y un hijo o hija no puede ser un medio para obtener otra cosa.

  Desde esta visión tendríamos que poder decir entonces que si las personas que realizan la creación de un hijo mediante la maternidad subrogada lo hacen sin ningún fin de lucro y sólo por motivos altruistas estaría aceptada y sería moralmente aceptable, como es el caso de algún familiar o amiga de la pareja o mujer en cuestión que los ayuda en la gestación sin que medie un intercambio de dinero. Este rol lo debe adjudicar el Estado, prohibiendo dicha práctica, donde la madre subrogada obtenga un beneficio económico por prestar su cuerpo durante tantos meses con la posibilidad de complicaciones e incluso con riesgo de vida.

- Los hijos deben ser queridos por sí mismos, crear un hijo para darlo sabiendo el destino ya de antemano es objetable.

  En este argumento se cuestiona el destino que va a tener ese chico al decidir engendrarlo, es decir entregarlo a otra familia, este argumento es el más atendible y más difícil de desarticular, con el que cuentan los críticos de la maternidad subrogada.

- Desprenderse de un hijo o hija y de la responsabilidad que implica es moralmente cuestionable.

  La madre portadora se desprende de las responsabilidades como madre hacia el niño, en todo caso nunca las asume, sus responsabilidades con relación al hijo por nacer se circunscriben a los cuidados durante la gestación, ella no toma responsabilidades respecto de la crianza, lo abandona.

- Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales.

  Se basa dos aspectos: El Primero hace referencia al quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación y el segundo a la aceptación social, ambas causantes de trastornos y problemas para el hijo o hija. El vínculo materno-filial entre la madre y el bebé ha sido comprobado que existe una fuerte conexión entre ambos pueden establecer un vínculo intenso con el hijo que gestan. Otro aspecto es que la sociedad pueda discriminar o no aceptar a estos chicos podrían tener para asumir su identidad o los problemas que les ocasionaría conocer su verdadera historia al crecer.

- Es inmoral traer un niño o niña al mundo mediante la maternidad subrogada, habiendo muchos chicos que pueden ser adoptados.

  Este argumento plantea el tema de la adopción, que es muy importante ya que es atendible y loable que las personas quieran y decidan adoptar. Con este criterio sería moralmente objetable el simple hecho de traer hijos al mundo habiendo chicos sin padres que esperan por una familia que los adopte.

- Aprovechamiento de las necesidades económicas.

En caso de regularizarse legalmente la maternidad subrogada mediante un pacto oneroso, se habla de una supuesta utilización de las mujeres de escasos recursos económicos por aquellas de clase media o alta. Fernández Pacheco (Fernández Pacheco, 1988) lo explica:

La maternidad subrogada permitirá a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos. En este sentido los futuros padres biológicos o comitentes, al igual que la agencia en su nombre actúan deliberadamente como inductores utilizando el señuelo de la contraprestación económica como forma de conseguir su objetivo.

- Explotación y manipulación de la mujer.

  Relacionada estrechamente con la postura anterior, el feminismo radical y el socialista rechaza esta práctica y señala que existe una explotación personal de la mujer, por considerarla un mero objeto de creación de bebés, una fuente de mercado, abuso o degradación de la misma, utilizada como gestante, máquina o incubadora sin considerar aspectos emocionales y psicológicos. Asimismo, se refuta la gestación por sustitución por entender que "supone una cosificación del cuerpo de la mujer" (Fernández Ruiz-Galvez, 2002).

2.2.3.5. PROBLEMÁTICAS QUE PUEDEN PLANTEARSE EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

- Enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla por el resto de su vida.

- Enfermedad grave contraída por la gestante que pueda causar severas anomalías al feto; en este caso se discute la opción que tendría la pareja comitente de solicitar la interrupción del embarazo (aborto).
- Divorcio o fallecimiento de uno de los miembros o los dos, durante el periodo del embarazo.
- Malformaciones o patologías del recién nacido que desencadenen el rechazo de la pareja comitente.
- La no entrega del niño o niña por parte de la gestante y el deseo que el nacido sea plena y legalmente suyo haciendo prevalecer su calidad de madre biológica; constituye el conflicto más suscitado en este procedimiento.
- Daños psicológicos de la mujer gestante que cede al hijo.

2.2.3.6. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN LA DOCTRINA (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

El contrato se define en el Art. 1351 del código civil peruano expresando: "Es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial."

Sobre el Contrato de Maternidad Subrogada, como decía Marcial rubio al respecto señala que tiene su origen en un contrato, por lo general oneroso en el cual una mujer acepta gestar un niño, pero no acepta ser la madre legal del mismo, porque la contrata, tendrá ese reconocimiento futuro una vez que la madre subrogada da a luz entrega a al niño a aquella que pretende convertirse en madre legal del mismo.

2.2.3.7. CARACTERÍSTICAS DE UN CONTRATO (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

- **Contrato Innominado**

  En el Perú, así como en varios países donde aún no se ha legislado sobre las TRA, no se contempla la existencia expresa de un contrato que dé cabida a la maternidad subrogada; por lo tanto, es un contrato de tipo innominado, es decir, aquel para el que la ley no tiene previsto un nombre específico puesto a que sus características peculiares no se encuentran reguladas por ella.

  Este tipo de contratos se basan en el principio de la autonomía de la voluntad, por el cual las partes pueden llegar a tantos acuerdos como fueren necesarios, siempre y cuando se respeten los límites establecidos.

- **Contrato Consensual y Solemne**

  En el Código Civil Peruano establece las condiciones de un contrato solemne y consensual: "…es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento".

- **Contrato Bilateral**

  En nuestro Código Civil señala que el contrato bilateral se da: "…cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente".

  La Maternidad Subrogada se constituiría en un contrato bilateral debido a que cada una de las partes se encuentra obligada al cumplimiento de una prestación, obedeciendo al principio de reciprocidad por lo que cada parte vendría a ser deudora y acreedora al mismo tiempo.

- **Contrato Unilateral**

  El artículo anterior hace referencia a este tipo de contrato y señala: "El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna…".

  El Contrato de Maternidad Subrogada tiene el carácter unilateral cuando solo una de las partes está obligada con la otra, quedando en la posición exclusiva del deudor, asemejándose a la figura de la donación, donde una parte se compromete a cumplir una prestación, sin recibir nada a cambio.

- **Contrato Oneroso**

  Dispone que exista contrato oneroso "…cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro".

  La Maternidad Subrogada, es un contrato oneroso y por lo tanto ser bilateral; existiendo dos obligaciones reciprocas que emanan del contrato: la entrega del niño o niña al momento del nacimiento a los padres comitentes y por otro lado la entrega del dinero a la madre subrogada, previamente pactado.

- **Contrato Gratuito**

  El contrato de maternidad subrogada pude ser también gratuito, siendo en éste caso un contrato unilateral como ya se explicó; en el que solamente una de las partes, en este caso, la madre subrogada, se obliga a entregar al niño o niña al momento del nacimiento a los comitentes, sin recibir retribución económica alguna.

- **Contrato Conmutativo**

  El contrato conmutativo es aquel contrato en el cual las prestaciones que se deben las partes son ciertas y equivalentes desde el momento que se celebra el acto jurídico.

  El contrato de maternidad subrogada puede ser un contrato oneroso conmutativo, ya que existe una ventaja que cada parte pretende obtener de la otra y el sacrificio que ofrece a cambio de aquellas, pueden ser determinados por cada parte en el mismo momento de la celebración del contrato.

2.2.3.8. EFECTOS DE UN CONTRATO (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

Entre los diferentes, existen 2 tipos de consideraciones sobre el mismo:

A) NULIDAD DEL CONTRATO

En general la Doctrina comparada que sustenta esta teoría de invalidez de este tipo de contratos nos habla de una Contradicción de la Moral, las buenas Costumbres y el Orden Público.

En la cita que realiza La Cruz Berdejo (Lacruz Berdejo, 2008), para el tratadista Rivero Hernández (Rivero Hernández, 1988) se sostiene que "el derecho objetivamente no puede aceptar su licitud y legitimidad porque repugna a los principios de orden público familiares aplicables a las concretas relaciones personales, ya que el objeto de este contrato de incubación en útero ajeno es la persona misma, y entiende que sería un lesivo atentado a su dignidad ser tratado como un objeto o mercancía, cual si se tratase de algo de interés" (Lacruz Berdejo, 2008, pág. 165).

B) VALIDEZ DEL CONTRATO

El código de California establecía que la maternidad se prueba por dos vías diferentes: por el parto y por el examen de ADN. Lo que nunca se había planteado era un conflicto entre la mujer que lleva al niño en su vientre y la que dio el óvulo, lo que creaba criterios diferentes de la maternidad.

2.2.3.9. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL MUNDO (VELÁSQUEZ VARGAS, 2015)

A) PAÍSES QUE PROHÍBEN LA MATERNIDAD SUBROGADA

a) ALEMANIA

En 1984, se constituyó una comisión encargada de analizar los métodos y siendo una conclusión la importancia de la relación entre la embarazada y el que está por nacer para su futuro desarrollo integral.

El Congreso Médico dispuso que la maternidad subrogada debiera ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Esta comisión también "aconsejó a los legisladores la prohibición de las instalaciones médicas en donde se realicen estas prácticas, pero adoptando medidas para los casos excepcionales que puedan ocurrir.

Se expidió la Ley alemana de Protección del Embrión n. 745/90 de fecha 13 de diciembre de 1990, referente a la maternidad subrogada, dispone lo siguiente en cuatro de sus numerales:

Art. 1.- Utilización abusiva de las técnicas de reproducción.

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:
2. Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
3. Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de
4. iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
5. Retirar a un embrión de una mujer antes de su implantación en el útero, con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizando con un fin distinto al de su protección;
6. Practicará una fecundación artificial o transfiriera un embrión humano a una mujer dispuesta a abandonarlo en forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

Se desprende de la misma norma una estricta prohibición a realizar técnicas de inseminación artificial, con el objeto de convenir una Maternidad Subrogada, aunque la madre subrogada sea castigada, a los profesionales que practiquen esta técnica si se les impone una pena.

b) FRANCIA

"Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle", así dispone el artículo 16-7 del Código Civil introducido por la Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994, cuya traducción dice que "todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo".

Como parte de las reformas del ex presidente Nicolás Sarkozy, el Senado creó un grupo cuya propuesta de ley formaría parte de la reforma de las leyes sobre bioética. Lo que

se contempla es la legalización de esta práctica, aunque de modo restrictivo.

c) ESPAÑA

En España, la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana prohíbe la maternidad subrogada, gestación por sustitución o alquiler de vientre:

Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

B) PAÍSES DONDE ESTÁ PERMITIDA SOLAMENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA GRATUITA O CON FINES ALTRUISTAS

a) REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA

La Comisión de Investigación sobre Fecundación y Embriología humana (1982-84) en cuya conclusión, conocida como el Informe Warnock, se basó la ley británica sobre reproducción asistida; declaraba ilegal todo acuerdo de maternidad subrogada y, en consecuencia, la negativa para peticionar ante la ley. Igualmente dispuso sancionar penalmente la creación de establecimientos comerciales que reclutaran mujeres para ofrecer sus servicios como madres gestantes. No obstante, no fue hasta 1985 que se aprobó la Surrogacy Arrangements Act donde los acuerdos de

maternidad subrogada se consideraron homologables judicialmente si no perseguían fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias.

b) AUSTRALIA

La Surrogacy Act de Western Australia, aprobada en 2008, otorga cierta eficacia a los contratos de maternidad subrogada permitiendo que, en determinadas circunstancias, un juez pueda ordenar transferir la filiación de la mujer portadora a la pareja comitente, sobre la base de la presunción de que, a menos que se pruebe lo contrario, el mejor interés para el niño es que se le considere legalmente hijo de la pareja comitente.

Esta ley prohíbe los contratos de Maternidad Subrogada remunerados, aunque no impide que a la mujer gestante le sean rembolsados los gastos razonablemente efectuados con motivo de la gestación.

En Nueva Gales del Sur, la Assisted Reproductive Technology Act de 2007 prohíbe los contratos de subrogación comerciales y los castiga con multa, e incluso de prisión.

c) BRASIL

En Brasil no existe una legislación específica al respecto; no obstante, la resolución Nro. 1358/92 del Consejo Federal de Medicina ha adoptado normas para la utilización de las Técnicas de Reproducción Asistida; donde, centros de reproducción humana podrán crear una situación de

gestación de sustitución, cuando existan las siguientes condiciones:

- Problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética.
- La madre sustituta deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado.

d) CANADÁ

La Assisted Human Reproduction Act de 2004 es la legislación nacional vigente en este país que permite la Maternidad Subrogada con ciertas limitaciones.

Prohíbe el pago de una compensación económica a favor de la gestante o de cualquier intermediario de los servicios de esta mujer, así como siquiera el hecho de ofrecer o de publicitar dicho pago. Se establece la edad mínima de veintiún años para poder ser mujer portadora.

2.2.4. DERECHOS FUNDAMENTALES

2.2.4.1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La constitucionalización del derecho

El término constitucionalización no es exacto. Como se suele destacar, designa un proceso de cambio de un estado a otro. Se trata "de un proceso al término del cual el Derecho es "impregnado", "saturado" o "embebido" por la Constitución" (COMANDUCCI, 2003).

No es posible entonces decir con total rigor qué es exactamente este proceso. Pero si es posible decir que después de él, el derecho

no es igual que antes. En ese sentido, la constitucionalización supone un cambio de paradigma respecto del antiguo estado legal del derecho: "un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales" (GUASTINI, 2003)

Se trata de la Constitución y su poderoso efecto de irradiación, explicado como "el desbordamiento de un derecho constitucional que ahora inunda el conjunto del ordenamiento; ya no se trata sólo de regular las relaciones entre los poderes del Estado, sino que casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado de chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional" (PRIETO SANCHÍS, "Constitucionalismo y garantismo", 2005)

La constitucionalización es un proceso, una cuestión de grado y no una cuestión bipolar al modo todo o nada. En ese proceso los sistemas jurídicos están más o menos constitucionalizados, según se adopten ciertas condiciones: Constitución rígida, garantía jurisdiccional de la Constitución, fuerza vinculante de la Constitución, la "sobre interpretación" de la Constitución, interpretación conforme de las leyes a la Constitución, e influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas [17].

Entre los rasgos fundamentales de ese proceso de constitucionalización está el denominado discurso de los derechos fundamentales. Este discurso se caracteriza, según ALEXY, "por cuatros extremos: primero, los derechos fundamentales regulan con

[17] GUASTINI, R. "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", Op. Cit., p 49.

rango máximo y, segundo, con máxima fuerza jurídica, objeto, tercero, de la máxima importancia con, en cuarto lugar, máxima indeterminación" (ALEXY, 2003). Y ese discurso conectado con su aliado natural del "garantismo jurídico", esto es, la formulación de "las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente" (FERRAJOLI L. , 2002).

A) Eficacia normativa de las normas constitucionales

La tradición jurídica europea continental del siglo XIX estaba construida como una "concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, las cartas de derechos eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerirían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal". En ese escenario, los derechos fundamentales "calificaban, no como reglas, sino como principios" y "la aceptación de que los derechos eran principios (contenidos en meras "declaraciones") implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Los verdaderos derechos eran tan sólo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales en cambio estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violad os, en qué ocasiones se imponía su protección o que remedios se imponían para su protección" (MEDINA, 2004).

La Constitución "no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino, una norma como cualquiera otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe" (PRIETO SANCHÍS, Justicia constitucional y derechos fundamentales, 2009).

Se trata de la eficacia normativa de la Constitución. En razón de ésta doctrina se sostendrá desde los inicios de la década de los ochenta que las disposiciones constitucionales tienen efecto normativo[18], es decir, dejan de ser consideradas normas "con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como auténtica norma jurídica con eficacia directa e inmediata"[19].

Pero hay algo más: esa eficacia directa o normativa de la Constitución no sólo se restringe a la regulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos (eficacia vertical), sino que también, y ahí la gran novedad, afecta las relaciones entre particulares (eficacia horizontal).

B) La eficacia horizontal de los derechos fundamentales

Otra idea central de esta revolución constitucional corresponderá a la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, esto es, a "la posibilidad de que los particulares esgriman, en contra de otros particulares y en el ámbito de las relaciones privadas, los derechos subjetivos públicos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, el derecho a no ser discriminado, la libertad de emitir opinión, el derecho a la intimidad o el derecho moral del autor" (PEÑA, 1996).

Se trata de una novedad mayor para la tradición jurídica constitucional atendido que, "tradicionalmente se entendía que

[18] 3 Los estudios considerados inaugurales en este punto son los de GARCÍA ENTERRÍA, E. "La Constitución como norma jurídica", en AAVV La Constitución española de 1978. Estudio sistemático, Civitas, Madrid, 1981, pp 97-160 y RUBIO LLORENTE, F. "La Constitución como fuente de Derecho", en AAVV Constitución española y fuentes del Derecho", Vol. I, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, pp 53 -74.

[19] SASTRE, S. "La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo", en AAVV Neoconstitucionalismo, Op. Cit., p 240.

las normas constitucionales sobre derechos fundamentales se aplicaban únicamente a las relaciones entre los ciudadanos y el Estado; los derechos fundamentales habían aparecido históricamente como derechos de defensa frente a injerencias de los poderes públicos en la libertad de los particulares, y en consecuencia, no alcanzaban relaciones entre particulares" (FERRER i RIBA, 1997).

Se trata de una idea unidireccional de los derechos fundamentales absolutamente acorde con la filosofía liberal, al amparo de la cual se había gestado el concepto de dichos derechos: "una vez establecidas jurídicamente la libertad y la igualdad, ambas debían producir de forma automática la prosperidad y la justicia mediante el mecanismo del mercado", y de ahí que "la función capital de los derechos fundamentales en la sociedad burguesa ya materializada consistió en trazar una línea de separación entre Estado y sociedad. Considerados desde el punto de vista del Estado, eran límites a su actuación; desde el de la sociedad, derechos de protección" (GRIMM, 2006).

2.2.4.2. CONCEPTO DE DERECHO FUNDAMENTAL

Se encuentra determinado por su pertenencia al catálogo de derechos contenido en la Constitución[20]

Se entiende por derechos fundamentales aquellos de los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana (FERNANDEZ-GALIANO, 1983). Consecuencia inmediata de lo

[20] CELIS DANZINGER, Gabriel Enrique, Derechos Fundamentales en la Relación Laboral, Eficacia Horizontal, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007, p. 27.

anterior es que tales derechos son poseídos por toda persona, cualquiera que sea su edad, raza, sexo o religión, estando, por tanto, más allá y por encima de todo tipo de circunstancia discriminatoria.

Algunos autores, al definir estos derechos, añaden el dato de que el ejercicio de los mismos no puede ser cohibido por el poder, que, al contrario, está obligado a reconocerlos y garantizarlos; así, por ejemplo, TRUYOL Y SERRA dice que son " (aquellos derechos) que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados..." [21]

Concepto Material de Derecho Fundamental

Desde esta perspectiva los derechos fundamentales son aquellos derechos que han sido transformados en derechos positivos, conjugando el fundamento iusnaturalista de los derechos humanos con la necesidad de positivación y garantía.

De este modo, el profesor Pérez Luño (PÉREZ LUÑO, 1984), los define como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad, y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. Agrega que los derechos fundamentales corresponden a aquellos derechos humanos que han sido positivados por el orden constitucional.

[21] Los Derechos Humanos, Editorial Tecnos, Madrid, 1968, pág.11.Para CASTAN TOBEÑAS, son aquellos derechos fundamentales de la persona humana - considerada tanto en su aspecto individual como comunitario - que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social) y que deben ser reconocidos y respetados por todo Poder o autoridad y toda norma jurídico positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio ante las exigencias del bien común" Los Derechos del Hombre, prólogo de Luis Legaz Lacambra, Editorial Reus, Madrid, 2ª ed, 1976.

El constitucionalista chileno, Humberto Nogueira Alcalá (NOGUEIRA ALCALÁ, 2006), los define como el conjunto de facultades e instituciones que concretan las exigencias de la libertad, igualdad y seguridad humana, en cuanto expresión de la dignidad de los seres humanos –considerados tanto en su aspecto individual como comunitario–, en un contexto histórico determinado, las cuales deben ser aseguradas, respetadas, promovidas y garantizadas por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional, supranacional e internacional, formando un verdadero subsistema dentro de éstos.

Los derechos fundamentales son, en sí mismos, derechos subjetivos y, por tanto, les son de aplicación las notas que la doctrina científica suele asignar a éstos. Pero es obvio que, por su condición de fundamentales, gozan de una especial relevancia que les destaca por encima de los demás y que se manifiesta en una porción de caracteres, ya no compartidos por los otros derechos, sino exclusivos de ellos. Mencionaremos a continuación dichas condiciones: 1. Los derechos fundamentales son imprescriptibles, es decir, no les afecta el instituto de la prescripción, sin que, por tanto, se adquieran ni pierdan por el simple transcurso del tiempo. 2. Son también inalienables, esto es, no transferibles a otro titular, a diferencia de lo que sucede con los demás derechos, en los que la regla general es la alienabilidad, aunque se den ciertas excepciones a la misma. 3. Son asimismo irrenunciables, o lo que es lo mismo, el sujeto no puede renunciar a la titularidad de los derechos fundamentales, a diferencia, como en los casos anteriores, de lo que ocurre con los derechos en general, que son renunciables en las condiciones que las leyes establecen. 4. Los derechos fundamentales son, por último, universales, entendiendo el término en el sentido de que todos ellos son poseídos por todos los hombres, lo cual quiere decir, que entre las personas se da una estricta igualdad jurídica básica, referida a los derechos fundamentales. No podía ser de otro modo, dado que todos los hombres participan de igual modo de la misma naturaleza:

un ser es lo que es de manera total; no caben gradaciones a la hora de poseer una naturaleza.

Concepto Procedimental de Derecho Fundamental

Desde una perspectiva puramente formal o procedimental, el jurista italiano Luis Ferrajoli (FERRAJOLI L. , 2004), señala que los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica.

2.2.4.3. LOS DERECHOS HUMANOS

Los Derechos Humanos –como su nombre lo indica- son todos aquellos derechos que tiene cada hombre o mujer por el simple hecho de serlo y formar parte de la sociedad en que vive. (Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos, 2002)

Los titulares de estos derechos son todos los seres humanos: tanto las mujeres como los hombres; los niños como los ancianos; los nacionales como los extranjeros; los indígenas como los mestizos; los negros como los blancos; los que hablan castellano como los que hablan náhuatl o cualquier otro idioma, lengua o dialecto; los católicos como los musulmanes o quienes profesan otra religión y los ateos; los obreros como los artistas; los ricos como los pobres; los discapacitados como las demás personas. Todos tenemos Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son un factor indispensable para que el ser humano se desarrolle plenamente, en todos los planos de nuestra

vida, de manera individual y como miembros de la sociedad, Sin estos derechos es imposible vivir como ser humano.

La importancia de los Derechos Humanos radica en su finalidad de proteger principalmente la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad, la integridad física y la propiedad de cada ser humano.

Para el Doctor Orozco Henríquez, una de las más grandes conquistas de la humanidad ha sido la consagración de los Derechos Humanos en declaración y pactos internacionales, al igual que el pueblo mexicano lo ha hecho, en particular, a través de las diversas Constituciones que nos han regido, ya que su reconocimiento jurídico proporciona los medios para su protección efectiva frente a eventuales violaciones. (Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos, 2002) Aunque cabría recalcar el hecho de que las Declaraciones y los pactos internacionales por sí mismos no representas medios de protección efectiva, sino hasta que son reconocidos por los Estados y a su vez son plasmados en sus normas fundamentales.

Los cinco instrumentos internacionales más importantes son:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, de 1966.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, de 1966.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA, de 1969.
- Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU, de 1989.
- Convenio de la OIT número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989.

2.2.4.4. FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los principios que conforman los Derechos Fundamentales, como son la Libertad, la igualdad son términos o conceptos que se manejaron inicialmente desde el punto de vista meramente ideológico, como se puede vislumbrar en escritos de Aristóteles, en su obra "La Política", cuando refiere a la Democracia y al Estado, señala:

> "La base del Estado Democrático es la libertad que, según opinión vulgar, sólo puede gozarse en la democracia, afirmando es lo que todas se proponen. … la democracia en su forma más pura se basa en el principio de la justicia democrática: igualdad en derechos para todos; porque esto significa que el pobre tendrá más participación en el gobierno que el rico, no siendo él el único que gobierne, sino todos igualmente, de conformidad con su número. De este modo se cree alcanzar la igualdad y libertad en el Estado. (Aristóteles, 2005)

La igualdad reside en el mismo trato entre iguales, ningún gobierno puede sostenerse de no basarse en la justicia" Ésta es la forma en que se tratan inicialmente los principios que dan lugar a lo que en la actualidad conocemos como Derechos Fundamentales, se dan como respuesta a un problema ideológico o de fundamentación, pero no teórico o conceptual.

Como se observa, ya se mencionaban los principios de igualdad y libertad, cobijados y relacionados con el término democracia, que era variable y respondía a lo que cada Estado deseaba de sí en cuanto a su conformación. Como señalaba "Hay varias especies de

democracia, como las de todas las otras formas de gobierno;". (Aristóteles, 2005) Se usaban indistintamente y se relacionaban con la formación de un Estado o como causas de desestabilización o revoluciones, así como elementos de gobernabilidad, pero no se les veía de una manera aislada al ser humano, sino como una forma general y parte inherente de las sociedades a las que pertenecía.[22]

Los Derechos Fundamentales no solo son inherentes al ser humano por su simple calidad de ser humano, sino que van más allá de la descripción de lo que podría ser un simple derecho. Un derecho humano puede surgir en cualquier momento histórico, y puede ser natural o positivo, pero los Derechos Fundamentales, para llegar a este concepto, para llegar a un reconocimiento, se han dado diversas teorías que describen la importancia, el por qué y cuándo surgen.

Existen una serie de teorías que pretenden explicar el surgimiento y/o el reconocimiento de los Derechos Fundamentales, explican el momento en que estos toman vigencia para su defensa ante los excesos de la autoridad o de los particulares.

Unas teorías los ven desde el punto de vista de la evolución histórica de la sociedad, otros como resultado de la emancipación del individuo, o como un elemento necesario para el surgimiento o creación del Estado, otros más como mera conveniencia entre las partes (potentado y la población débil cercana al potentado). En seguida se trata, de manera resumida, las principales teorías que tratan de explicar el surgimiento, o más bien el reconocimiento de los Derechos Humanos y su acepción hacia Derechos Fundamentales.

[22] Las referencias mencionadas se pueden consultar en el libro "La Política" de Aristóteles. Op. Cit. México. pp. 95,96, 104,107, 118 y 140.

La historia de los Derechos Fundamentales esta inexorablemente ligada al surgimiento del Estado Constitucional como forma de organización del poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados. (Carbonell, 2010)

A) Teoría Historicista

Esta teoría se desenvuelve en el ámbito y a partir de la Edad Media, en razón de que es precisamente en la edad media y no después cuando se construye la tradición europea de la necesaria limitación del poder político de "imperium". (Fioravanti, 2007)

En este momento histórico, del Medievo, se da la dimensión contractual de reciprocidad, la cual se explica mediante la siguiente premisa: quien está obligado desde su nacimiento y desde su condición a ser fiel a un señor concreto sabe que éste está obligado a su vez a protegerle a él mismo, a sus bienes y a su familia. Es así y en esta época cuando se dan los contratos de dominación.

No se debe cometer el error de buscar "derecho" en la edad media utilizando las categorías del derecho moderno; si se hace de esta manera fácilmente se concluye con la usencia de "derecho" en el Medievo. El Medievo tenía sin duda su propio modo de garantizar iura y libertates (derechos y libertades), se presenta un derecho objetivo radicado en la costumbre y en la naturaleza de las cosas. Se trata de un derecho que es sustancialmente ius involuntarium; que ningún poder fue capaz de definir y de sistematizar por escrito. (Fioravanti, 2007)

La fuerza normativa de la costumbre se desenvolvía entre el dominio político y el territorio. Realidad política artificialmente unificada de manera creciente bajo el dominio del señor.

No se dan las Libertades políticas de participación, llamadas también libertades "positivas" en sentido moderno. (libertades civiles, "negativas": libertad personal y de la propiedad privada).

Los siguientes eventos son los que marcan el reconocimiento de los Derechos Fundamentales en una sociedad que ha ido avanzando de manera paulatina, sin cambios drásticos ocasionados por revoluciones o grandes movimientos sociales (Fioravanti, 2007):

- El avance de las libertades y del redimensionamiento del poder real se da con la soberanía parlamentaria, destinada a consolidarse a partir de la Glorious Revolution de 1689.
- El Checks and balances, exige la participación en la actividad legislativa de los 3 órdenes del Parlamento: Rey, Commons y Lords.
- Higher Law, reglas de tutela constitucional de las libertades sobre las voluntades contingentes de quienes ostentan el poder político.
- King in Parlament, la monarquía, los Lords y los comunes, clásica estructura liberal del gobierno moderado. No es despótico, equilibra en sí mismo las fuerzas políticas y sociales, impidiendo que ninguna de ellas sea plenamente constituyente y defina por sí sola las características del modelo político. Para éste modelo, el pueblo que se revela no es sino una fuerza de la historia que reconduce a los gobernantes a la órbita necesaria del gobierno moderado y equilibrado.

B) **Teoría Individualista** (Fioravanti, 2007)

La cultura individualista y la cultura historicista se encuentran preliminarmente en un punto, el relativo a la relación existente con el pasado medieval. Aunque el historicista refiere a la tradición

europea del gobierno moderado y limitado, continuo en el tiempo; el individualista se maneja en términos de una fractura de época. En otras palabras, la edad moderna –desde el iusnaturalismo del siglo XVII a las declaraciones revolucionarias de derechos y, más allá, hasta el Estado de derecho y el Estado democrático – es la edad de los derechos individuales y del progresivo perfeccionamiento de su tutela, precisamente porque es la edad de la progresiva destrucción del Medievo y del orden feudal y estamental del gobierno y de la sociedad.

Un punto característico del Medievo es en el cual los derechos y los deberes son atribuidos a los sujetos según su pertenencia estamental (nobles, burgueses-ciudadanos, labriegos). La lucha por el derecho moderno se presenta, así como la lucha por la progresiva ordenación del derecho en sentido individualista y antiestamental. El modelo historicista sostiene en primer lugar una doctrina y una práctica de gobierno limitado; el individualista sostiene en primer lugar una revolución social que elimine privilegios y el orden estamental que los sostiene.

Existen dos razones que nos permiten diferenciar al primero (el individualista) del segundo (el estatalista): la presunción de libertad del individuo y el poder constituyente, como factor decisivo de conformación de un Estado por parte de los individuos.
Sobre la primera diferencia, el primero (el modelo individualista) se encuentra en la formula liberal-individualista de la presunción de libertad, que se encuentra codificada en el artículo 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de agosto de 1789: "Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena". Esto equivale a decir que sólo la máxima fuente del derecho, la Ley, con sus clásicos caracteres de generalidad y de abstracción,

expresión de la voluntad general, puede prohibir e impedir, obligar y ordenar, en una palabra, limitar los derechos y libertades de los ciudadanos.

C) Teoría Estatalista

Este modelo se diferencia de la valoración positiva del papel del Estado que hace la cultura individualista. Es importante no confundirse con una cultura rigurosamente estatalista de las libertades y de los derechos. (Fioravanti, 2007)

Para esta teoría, la autoridad del Estado es algo más que un instrumento necesario de tutela: es la condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean alumbrados como auténticas situaciones jurídicas subjetivas de los individuos.

No existe ninguna societas antes del único y decisivo sometimiento de todos a la fuerza imperativa y autoritativa del Estado: la societas de los individuos titulares de derechos nace con el mismo Estado, y sólo a través de su presencia fuerte y con autoridad. Para la cultura estatalista también es cierto que el Estado político organizado nace de la voluntad de los individuos y, en particular, de su necesidad y deseo de seguridad. Lo que la cultura estatalista no puede admitir es un poder constituyente entendido como contrato de garantía entre partes distintas, que ya poseen bienes y derechos y promueven el nacimiento del Estadio político para poseer mejor los unos y los otros. (Fioravanti, 2007)

El Estado político es, y debe ser, algo muy distinto de una simple relación de mutua seguridad entre poseedores de derechos y de bienes. Para el modelo estatalista, los individuos que deciden someterse a la autoridad del Estado dejan de ser, precisamente por

esta decisión y sólo a partir de este momento, descompuesta multitud y se convierten en pueblo o nación.

Las libertades políticas –por ejemplo el derecho de voto- no se justifican ya como expresión específica de la libertad originaria fundamental de los individuos de decidir un cierto orden político-estatal, sino por la necesidad del Estado de proveerse de órganos y de personal que concreten la expresión de su voluntad soberana. Así, cuando el ciudadano elige a sus representantes, no les transmite los poderes que tiene originariamente, sino que ejercita una función: la de designar, por interés público y sobre la base exclusiva del derecho positivo estatal, a los que tendrán el deber de expresar la soberanía del Estado en forma de ley.

2.2.4.5. TEORÍA JURÍDICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los principales exponentes de la Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales es Robert Alexy, quien de manera directa señala que:

- "Sobre los Derechos Fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social son sólo tres ejemplos." (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)
- "Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías

teórico-jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que no son los de la Ley Fundamental, por ejemplo, teorías sobre los derechos fundamentales de otros Estados o teorías de los derechos fundamentales de los estados federados que integran la República Federal de Alemania. El hecho de que haya que distinguir entre estas diferentes teorías no significa que no existan conexiones entre ellas. Las teorías histórico-jurídicas y las teorías de los derechos fundamentales de otros Estados pueden, dentro del respectivo marco de la interpretación histórica y de la interpretación comparativa, jugar un papel importante en la interpretación de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental." (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)

- "Una teoría jurídica de los derechos fundamentales de la ley fundamental es, en tanto, teoría del derecho positivo de un determinado orden jurídico, una teoría dogmática." (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)
- "Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga este derecho. Es dudoso que valga lo inverso. No vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo." (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)

Otra postura que se presenta sobre los derechos fundamentales la da Luigi Ferrajoli, a través de interrogantes que permiten dilucidar "¿Cuáles son los derechos fundamentales?, y ¿qué hacer frente al desafío del mercado global y los particularismos?". Con base en estas dos interrogantes, el autor considera que "… los derechos que por su importancia deben ser garantizados son aquéllos cuya defensa es necesaria para la paz, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno mutlticulturalismo y los derechos que protejan a

los débiles frente al más fuerte. El Estado no sólo debe garantizar los derechos fundamentales frente a lo público sino también frente a lo privado, incluyendo los derechos sociales y el marco del derecho internacional, para así combatir la crisis del constitucionalismo frente a una globalización sin reglas ni controles que acentúan las diferencias entre las personas.". (Ferrajoli, 2006)

En el ámbito nacional, se puede señalar la postura del ideólogo Ulises Schmill Ordoñez, quien en su ponencia sobre el tema [23], al cuestionarse sobre ¿Qué son los Derechos Fundamentales?, ha señalado que:

- Son contenidos de normas jurídicas positivas, Constitución o Tratados.
- Son reflejos subalternos de normas constitucionales o de los tratados que establecen los contenidos necesarios, excluidos o potestativos de las facultades concedidas a los órganos.
- El respeto a un Derecho Fundamental es el ejercicio regular de las facultades por parte de los órganos del Estado con relación a cualquiera de los eventos comprendidos de los actos facultados.
- La violación a un Derecho Fundamental es el ejercicio irregular de las facultades adscritas a los órganos del Estado.
- Los particulares, en sus relaciones recíprocas no pueden violar los Derechos Fundamentales, sólo los órganos del Estado.
- Los Delitos no son violaciones a los Derechos Fundamentales.

2.2.4.6. NATURALEZA Y EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En este apartado se dan a conocer elementos o características de los Derechos Fundamentales que nos van a permitir dimensionarlos

[23] Schmill Ordoñez, Ulises Dr., Ponencia: Construcción teórica del Concepto de Derechos Fundamentales, basado en la Teoría de Kelsen. 14 de abril de 2012. Dentro del Diplomado "La práctica forense del nuevo juicio de amparo y la protección efectiva de los derechos humanos". Facultad de Derecho-UNAM. 2012.

en cuanto a su valor dentro de la norma fundamental, considerando que la norma fundamental no es sólo un conjunto de normas, sino que en ella hay también principios y directrices, estas últimas que marcan el rumbo de las aspiraciones de cualquier pueblo. Se busca generar el marco de referencia dentro del que se desenvuelven los derechos fundamentales y determinar a la vez el marco técnico-jurídico de su significado dentro del Derecho mismo.

A) Naturaleza

Son derechos subjetivos, no sólo en cuanto otorgan una facultad a la persona, sino también un estatus jurídico en un ámbito de la existencia. Poseen también una significación objetiva; son, como lo sostiene Schneider, la conditio sine qua non del Estado Constitucional Democrático, ya que no pueden dejar de ser pensados sin que corra un riesgo inminente el Estado Constitucional contemporáneo. Hoy se admite que los derechos cumplen también funciones estructurales de gran importancia para los principios conformadores de la Constitución. (Schneider, 1979)

En un Estado de Derecho Constitucional Democrático, los Derechos Fundamentales operan como derechos de defensa frente al Estado, salvaguardando la libertad individual, y al mismo tiempo, se materializan operando como elementos del ordenamiento objetivo y subjetivo.[24]

Para Robert Alexy "No basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando a las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto reglas como principios.

[24] Nogueira Alcalá, Humberto. Op. Cit. p. 83

Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble." (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)

B) Eficacia [25]

La inviolabilidad de los derechos esenciales significa que todas las personas tienen derecho a que se les respeten sus derechos fundamentales, es decir, que no pueden ser desconocidos por ninguna persona, en ninguna circunstancia. Otra forma de expresar la importancia o eficacia de los derechos fundamentales es afirmando que nada legitima la amenaza, perturbación o privación a las personas en forma arbitraria o ilegal en el legítimo ejercicio de sus derechos, provenga esta afectación de los derechos de parte de órganos o agentes del Estado o de personas o grupos de la sociedad civil.

Los derechos constitucionales tienen un carácter erga omnes, independientemente de quien cometa una infracción a ellos, la cual será siempre inconstitucional y por ende ilegítima.

Los Derechos Fundamentales son el parámetro obligatorio de interpretación y aplicación de todo el derecho; tiene consecuencias para la actuación del Estado en el ámbito del Derecho Administrativo y Privado, como asimismo, en la eficacia horizontal de los derechos en las relaciones entre sujetos de derecho privado.

Los Derechos Fundamentales son, no solamente derechos subjetivos de defensa frente al Estado, sino también principios objetivos a los que ha de ajustarse el ordenamiento jurídico,

[25] Nogueira Alcalá, Humberto. Óp. Cit. pp. 84, 85.

tienen para el Estado, asimismo, consecuencias impulsoras a su acción: fundan obligaciones estatales de protección dondequiera la libertad jurídico-fundamentalmente garantizada se vea amenazada por terceros o no sea ejercible sin asistencia estatal. Corresponde cada vez más a los Derechos Fundamentales el papel de correctores de la estrechez de miras y de corto plazo de la política, según Grimm. Allí donde la política tiende a ser secuestrada por el beneficio electoral inmediato, los Derechos Fundamentales recuerdan los fines constitucionales y las obligaciones a largo plazo que están por encima de los intereses partidarios. Dondequiera cede la política a las presiones de poderosos intereses o privilegia a sus clientelas, los Derechos Fundamentales recuerdan el mandato de igualdad. Siempre quiera que, en cada vez menores secuencias de tiempo, la política cambia las leyes con vocación de dirigir tendencias sociales de evolución, se ve remitida a los Derechos Fundamentales, a fin de que honre la confianza que los afectados tienen en la regulación legal que los ha llevado a su actual condición. Quienes hacen a los Derechos Fundamentales responsables de las tendencias sociales de desintegración y por tal razón quieren recortarlos, yerran, para Grimm, el blanco. Son precisamente los Derechos Fundamentales los que, dentro de los egoísmos del sistema, generan todavía cierta unidad y ponen riendas a la racionalidad económico-tecnológica dominante. (Grimm, Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Estudio preliminar de Antonio López Pina, 2006)

2.2.4.7. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por cuanto hace a la clasificación de los Derechos Fundamentales, se puede decir que las clasificaciones de derechos son difíciles, subjetivas y dependientes de criterios variables y de las

posiciones filosóficas que tengan sus autores. En materia de derechos constitucionales existe una gran diversidad de criterios. [26]

2.2.4.8. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES

La vigencia de los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares constituye una de las problemáticas más acuciantes del constitucionalismo de nuestros días. ¿Cómo influyen los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares? (problema de construcción); y ¿cuáles son las garantías judiciales procedentes en caso de una violación de este tipo? (problema de protección). (Mijangos y González, 2007)

Como ya se mencionó anteriormente, los Derechos Fundamentales son no solamente derechos subjetivos de defensa frente al Estado sino también principios objetivos a los que ha de ajustarse el ordenamiento jurídico, tienen para el Estado, asimismo, consecuencias impulsoras a su acción: fundan obligaciones estatales de protección dondequiera la libertad jurídica fundamentalmente garantizada se vea amenazada por terceros o no sea ejercible sin asistencia estatal. Corresponde cada vez más a los Derechos Fundamentales el papel de correctores de la estrechez de miras y de corto plazo de la política, según Grimm. Allí donde la política tiende a ser secuestrada por el beneficio electoral inmediato, los Derechos Fundamentales recuerdan los fines constitucionales y las obligaciones a largo plazo que están por encima de los intereses partidarios. Dondequiera cede la política a las presiones de poderosos intereses o privilegia a sus clientelas, los Derechos Fundamentales recuerdan el mandato de igualdad. Siempre quiera que, en cada vez menores secuencias de tiempo, la política cambia

[26] Cit. por Stern, Klaus, "El sistema de los Derechos Fundamentales en la RFA". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988.

las leyes con vocación de dirigir tendencias sociales de evolución, se ve remitida a los Derechos Fundamentales, a fin de que honre la confianza que los afectados tienen en la regulación legal que los ha llevado a su actual condición. Quienes hacen a los Derechos Fundamentales responsables de las tendencias sociales de desintegración y por tal razón quieren recortarlos, yerran, para Grimm, el blanco. Son precisamente los Derechos Fundamentales los que, dentro de los egoísmos del sistema, generan todavía cierta unidad y ponen riendas a la racionalidad económico-tecnológica dominante. (Grimm, Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Estudio preliminar de Antonio López Pina, 2006)

2.2.4.9. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL (PERÚ)

Existe un vínculo indisoluble entre "*dignidad de la persona humana"* (Landa, 2002.) y los *derechos fundamentales*, pues estos derechos en calidad de esenciales son inherentes a la dignidad, es decir cada uno de los derechos fundamentales manifiesta un núcleo de existencia humana que se deriva de la dignidad que tiene incita la persona, por ello la dignidad se convierte en una fuente de todos los derechos de la cual dimanan todos y cada uno de los derechos de la persona. Por ende, los derechos fundamentales operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin el reconocimiento de tales derechos quedaría conculcado el valor supremo de la dignidad humana de la persona.

A. El valor positivo y axiológico de los derechos fundamentales

"(…) el reconocimiento de los derechos fundamentales (comúnmente en la norma fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del

principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado como el fin supremo de la sociedad y del Estado, artículo 1 de la Constitución".[27]

El reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, en el Orden Constitucional comprenden dos aspectos: la primera, *a) El valor positivo de los derechos fundamentales:* Consiste en el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales de la persona por la Constitución, tales derechos son presupuestos de exigibilidad que van a limitar la actuación del Estado y de los particulares; mientras la segunda, *b) El valor ético y axiológico de los derechos fundamentales:* Parte por reconocer "la dignidad de la persona humana", como valor material central de la norma fundamental del cual derivan un amplísimo reconocimiento de derechos fundamentales de la persona y una multiplicidad de garantías, dignidad humana que es preexistente al orden estatal y se proyecta como el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución de 1993). Por tanto, *la dignidad de la persona humana*, es la fuente directa de la que la dimanan todos y cada y uno de los derechos de la persona, además no solo representa el valor supremo que justifica la existencia del estado y sus objetivos, sino que constituye el fundamento esencial de todos los derechos que con calidad de fundamentales habilita el ordenamiento, sin el cual el estado adolecería de legitimidad y los derechos carecerían de un adecuado soporte direccional.

B. Contenido esencial

"(…) en efecto, en tanto el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere de un análisis sistemático de este conjunto de bienes

[27] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 1417-2005-PA /TC, FJ 2.

constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho dignidad humana, al que se reconduce, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona".[28]

En consecuencia, el contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona, es la concreción de valores superiores que son extraídas de la realidad histórica que se encuentran ordenadas y sistematizadas ya que tienen un fundamento propio, pues tienen como origen dos raíces: la liberal (libertad) y la socialista (igualdad), y la incorporación de esos valores en el ordenamiento jurídico es a través de los derechos y libertades fundamentales.

C. Estructura

La estructura de los derechos fundamentales comprende: a) las disposiciones de los derechos fundamentales, b) las normas de derechos fundamentales y c) las posiciones de los derechos fundamentales; mientras las "Disposiciones de derecho fundamental son los enunciados lingüísticos de la Constitución que reconocen los derechos fundamentales de la persona. Las normas de derecho fundamental son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones. Mientras que las posiciones de derecho fundamental, son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental, se buscan hacer valer frente a una determinada persona o entidad".[29]

Por ende, las disposiciones son enunciados lingüísticos donde la constitución reconoce derechos fundamentales de la persona, mientras las normas son el sentido interpretativo atribuible a esas disposiciones, y las posiciones de los derechos fundamentales,

[28] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 1417-2005-PA /TC, FJ 21.
[29] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 1417-2005-PA /TC, FJ 24.

como bien lo señala el Tribunal Constitucional quien cita a Bernal Pulido: "Las posiciones de derecho fundamental son relaciones jurídicas que (…) presentan una estructura tríadica, compuesta por un sujeto activo, un sujeto pasivo y un objeto. El objeto de las posiciones de derecho fundamental es siempre una conducta de acción o de omisión, prescrita por una norma que el sujeto pasivo debe desarrollar en favor del sujeto activo, y sobre cuya ejecución el sujeto activo tiene un derecho, susceptible de ser ejercido sobre el sujeto pasivo".[30]

D. Titularidad

Respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de la persona, El *Tribunal Constitucional,* ha determinado que "(…) desde la génesis de los derechos fundamentales estos fueron creados para la persona, humana. Así, los mismos nacen con una eficacia negativa; sin embargo dentro de la evolución de los derechos fundamentales estos fueron concebidos como libertades positivas, alcanzando está evolución en la actualidad una eficacia incluso entre los particulares. Somos de la opinión de que la protección de los derechos fundamentales alcanza a los seres humanos cuando estos actúan de manera individual, como cuando estos deciden participar de actividades que involucran la necesaria intervención de otros seres humanos, como son por ejemplo la vida política, social, entre otros, lo cual ha sido perfectamente legitimado por el artículo 2° inciso 17 de la Constitución Política del Perú cuando establece que: *Toda persona tiene derecho: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación* (…)".[31]

[30] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 1417-2005-PA /TC, FJ 25.
[31] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 03868-2007-PA/TC, voto del magistrado Eto CRUZ, FJ 2.

Por consiguiente debemos señalar que no es posible atribuir la titularidad de los derechos fundamentales solo a favor de las personas naturales, sino también a las personas jurídicas, la cual se dio a partir de la denominada *teoría de la extensión de los derechos constitucionales,* concepción que sostiene que las personas jurídicas por extensión de los derechos subjetivos de sus miembros que la componen, pueden ser titulares de derechos fundamentales en ciertas circunstancias y siempre que su naturaleza lo permita.

E. Dimensiones

Los derechos fundamentales de la persona poseen un doble carácter, por un lado, son derechos subjetivos y por otro son instituciones objetivas valorativas lo cual merecen toda la salvaguarda posible:

a. Dimensión subjetiva

"En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales".[32]

b. Dimensión objetiva

"La dimensión objetiva de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional".[33]

[32] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 3330-2004-AA/TC, FJ 9.
[33] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 3330-2004-AA/TC, FJ 9.

F. Eficacia

a) Vertical

"Los derechos fundamentales como instituciones reconocidas por la Constitución vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado-eficacia vertical (…)".[34]

b) Horizontal

El artículo 38° de la Constitución Política del Perú, señala que "Todos los peruanos tienen el deber (…) de respetar, cumplir y defender la Constitución, de esto se desprende que los derechos fundamentales vinculan no solo a los poderes públicos sino también a los particulares (…)".[35]

En consecuencia, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, se da cuando dichos derechos han sido vulnerados por un ente privado y no por el Estado, por ejemplo al interior de una institución, como puede ser una Asociación, se impone el deber de respetar los derechos fundamentales".

G. Límites

"(…) una cosa en efecto, es limitar o restringir el ejercicio de un derecho constitucional, y otra, muy distinta, disminuirlo o suprimirlo. La limitación de un derecho no comporta su disminución o supresión, sino sólo el establecimiento de las condiciones dentro de las cuales deberá realizarse su ejercicio. De allí que el Tribunal Constitucional haya sido enfático en señalar que no se puede despojar de contenido a un derecho so pretexto de limitarlo o, acaso, suprimirlo, pues la validez de tales limitaciones

[34] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005- AI/TC, 0007-2005-AI/TC (acumulados), FJ 72.
[35] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 1848-2004-AA/TC, FJ 2.

depende que ellas respeten el contenido esencial de los derechos sobre los cuales se práctica la restricción".[36]

Los derechos fundamentales, no tiene la calidad de absolutos, más si en nuestro constitucionalismo histórico el derecho a la vida, a la propiedad, a la libertad, entre otros, tampoco la han tenido, por lo que "Toda restricción o limitación de un derecho constitucional debe respetar el principio de legalidad y sustentarse en un procedimiento administrativo, donde el administrado tenga garantizado el derecho a un debido proceso (artículo 139, inciso 3, Constitución); y con ello, la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, controvirtiendo la medida y alegando lo que convenga a su derecho".[37]

2.2.5. DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA

La Constitución Política del Perú en su **Título I:** De la persona y de la Sociedad, **Capítulo I:** Derechos Fundamentales de la Persona, en su **artículo 1°** prescribe: ***"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado".*** (Perú, 2012)

LA DIGNIDAD COMO VOZ LATINA (Mesa)

En la voz Latina, la Dignidad surgen de los términos "dignitas" o "dignus". Proviene del concepto "decet" que refiere a convenir o ser apropiado

LA DIGNIDAD COMO VOZ GRIEGA

Dentro del lenguaje griego la Dignidad aparece relativizada por los conceptos religiosos imperantes. Así para estos, su atribución como característica esencial de un ser dice relación con la "adecuación de este a los parámetros impuestos por el ser supremo". Es así como este mayor valor o condición de la criatura lo hace "merecedor o acreedor de algo".

[36] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 014-2002-AI/TC.
[37] Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. Nº 07060-2006-PA/TC, FJ3.

2.2.5.1. SIGNIFICADO DEL TERMINO DIGNIDAD (Mesa)

No existe una definición única y definitiva del término Dignidad, ello es francamente un imposible, aún después de tanto esfuerzo por sistematizarla.

Tradicionalmente se le conoce como "el estado de excelencia perfección o superioridad de un individuo, que lo distingue de sus semejantes".

Santo Tomás de Aquino, llamado El Príncipe de los Escolásticos y considerado por la doctrina como uno de los teólogos más sobresalientes del catolicismo, autor de d "Summa contra Gentiles" y "Summa Theologiae" decía:

> *"Una cosa es anterior a otra, de primero en el origen de perfección o dignidad Dios es anterior a él como el amor prójimo. Segundo en el orden de generación, disposición del amor del prójimo es anterior al amor de Dios en cuanto al acto".*

El término Dignidad desde un punto de vista relativo se le entiende como aquel valor, mérito, calidad, estado o condición propia de la persona como tal. Al contrario, desde lo absoluto se comprende como el valor de un ser, que fundamenta a su excelencia, perfección o superioridad.

Responsable de este nuevo concepto de Dignidad, de corte nouménico, es Immanuel Kant, filósofo alemán, considerado por muchos como el pensador más influyente de la era moderna, autor de innumerables obras dentro en las que destacan, "Crítica de la razón pura" (1781) y "Crítica de la razón práctica" (1788), quien dice:

"Al estar valorado el hombre como un fin en sí mismo, poseedor de un valor intrínseco sin límites, su Dignidad, es merecedor del respeto de todos los demás seres".

El vocablo Dignidad puede entenderse entonces desde al menos cuatro puntos de vista:

a) Como aquella conveniencia o adecuación de un individuo al modelo que representa, por cuanto se apropia a su perfección.
b) Como aquella Excelencia, perfección o superioridad propia de un individuo.
c) Como aquel Valor o bien supremo propio del ser.
d) Como aquel Mérito propio de un individuo, fundamento real que lo hace apetecible, justificación de su voluntad.

2.2.5.2. DERECHO Y DIGNIDAD (Mesa)

La problemática que surge ante la Dignidad para el Derecho no tiene fin. Dado que aún en estos tiempos es imposible dar una definición precisa, única y universalmente válida. Es en virtud de ello, que será tarea trascendental para el jurista moderno establecer si la Dignidad es valor, principio o una mera regla de conducta, pues está consiente que dependerá de ello el mayor o menor número de limitaciones que pueden aplicarse al ejercicio de los Derechos Humanos.

Sólo así podremos establecer de manera fehaciente si la Dignidad es un elemento integrador del sistema jurídico o un mero derecho más dentro del mismo.

Ante este panorama surgen diversas interrogantes, como fijar un núcleo impermeable para la Dignidad o es si existe algún presupuesto ontólogico esencial e inmutable en Ser Humano.

Responder a estas preguntas no es tarea fácil, pero sí necesaria, dados los tiempos contradictorios que vivimos. Pues si bien por un lado existe una conciencia general de la necesidad de respeto y resguardo de la Dignidad, expresado ello en su consagración legal a nivel mundial en numerosos textos de validez interna como supranacional, nunca antes se cometieron tantos vejámenes en su nombre.

2.2.5.3. CONTENIDO DEL TÉRMINO "DIGNIDAD HUMANA"

El autor Sánchez Barroso, citando al autor Castillo Vegas postula la existencia de seis sentidos de dignidad (Sánchez Barroso, 2012): a) El teológico natural fundamentado en que el hombre ha sido creado a imagen y semejanza de Dios por su inteligencia y voluntad. b) El teológico sobrenatural en el que la naturaleza humana es elevada por la divinidad a través de la gracia y filiación divina. c) El ontológico hace énfasis en el ser del hombre, mismo que lo diferencia y pone en superioridad respecto de otros seres y al mismo tiempo lo pone en igualdad de todos los seres humanos (esto es el fundamento de los Derechos Humanos). d) La moral consiste en la dicotomía bueno/malo de las acciones humanas, en donde la libertad es fundamental para realizar una acción ya sea más o menos digna; de forma que, si se realiza un comportamiento reprochable, se pierde el sentido de esta dignidad.

2.2.5.4. LA DIGNIDAD HUMANA COMO VÍNCULO ENTRE LA ÉTICA Y EL DERECHO.

La dignidad humana constituye el vínculo por excelencia entre la ética y el derecho como los dos grandes sistemas normativos en una sociedad. La dignidad humana ha sido el parteaguas de dos principales corrientes de reflexión moral: la primera afirma que la dignidad humana es un don, el hombre la tiene desde que se le considera persona y la segunda establece que los actos que realice

la persona para justificar o defenderla tendrán mérito. El Derecho como sistema normativo se ha adherido a la primera y el ejemplo claro de ello son las convenciones y declaraciones sobre Derechos Humanos, sin embargo, el Derecho no puede conformarse con el reconocimiento público de esa dignidad, sino también debe prever todos los mecanismos necesarios para que la persona pueda, en ejercicio de sus Derechos Fundamentales, ajustarse a ella y defenderla cuando sea violentada. La dignidad humana es dinámica pero no mutable porque se mueve del ser al deber ser, es decir, parte del ser de la persona, transita a través de la existencia real y concreta de la persona y se mueve a lo largo de toda su vida hacia lo que tiene que hacer para hacerse digno. Como ya había mencionado, el hombre posee la libertad de hacer y deshacerse como consecuencia de su dignidad y en el terreno de la ética esta libertad sólo tiene como restricciones ciertos valores morales. En el terreno del derecho, la libertad del hombre de hacer y deshacer tiene límites más definidos pues la libertad de cada persona convive con la de otros individuos, la ética sanciona acciones en torno a valores; la ética permite al hombre tener una vida digna y para ello, el hombre debe hacerse digno, más que serlo.

El Derecho no puede prescribir acciones que se dirijan a hacer digno al hombre porque esto es tarea de la ética, pertenece a la esfera privada de cada persona; lo que si puede hacer el Derecho es proteger esta dignidad.

2.2.5.5. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

El autor Pérez Luño hace la distinción entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos; “los primeros son los derechos positivos a nivel interno y los segundos son derechos naturales positivizados en las declaraciones y convenciones

internacionales, así como las exigencias básicas relacionadas con la libertad, igualdad y dignidad de la persona que no han alcanzado un estatus jurídico positivo. El segundo criterio considera los Derechos Fundamentales como los derechos garantizados constitucionalmente a los ciudadanos en tanto pertenecen a un Estado y los Derechos Humanos aun consagrados en la Constitución son de validez general". (Pérez Luño, 1988)

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere expresamente a la dignidad humana como principio o valor del orden jurídico, cuando el artículo segundo establece la "prohibición de toda discriminación…que atente contra la dignidad humana" y en el artículo primero de la misma Constitución se establece la obligación del Estado Mexicano de proteger los Derechos Humanos. El papel de la dignidad humana en el ámbito constitucional, rector de los Derechos Humanos establece la obligación directa del Estado de proteger y garantizar esa dignidad en dos sentidos: del ataque externo proveniente de otro sujeto o del mismo Estado y del ataque interno proveniente de sí mismo.

2.2.6. EL DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA

A) La Familia en los Convenios Internacionales de Derechos Humanos

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 55º dispone que "los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional'. Asimismo, nuestro texto constitucional en la cuarta disposición final y transitoria establece que "las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú".

Junto a la Declaración Universal de Derechos Humanos[38], los acuerdos internacionales, ratificados por el Estado Peruano, que contienen disposiciones sobre la familia, son las siguientes:

a) Sistema Universal

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978. Convención contra toda forma de Discriminación a la Mujer, que entró en vigor para el Perú el 13 de octubre de 1982. La Convención de los Derechos del Niño, que entró en vigor para el Perú el 4 de octubre de 1990.

b) Sistema Interamericano

Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor para el Perú el 28 de julio de 1978. Convención interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que entró en vigor para el Perú el 4 de junio de 1996.

Constitución y Tratados de Derechos Humanos abordan el tema familiar. Son particularmente relevantes en el tratamiento de estos cuerpos normativos:

- El derecho a fundar una familia;
- El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones familiares;
- El derecho al matrimonio, las uniones de hecho y el divorcio;
- Los derechos sexuales y reproductivos; y
- Las responsabilidades familiares compartidas.

c) Concepto de familia subyacente en la normativa del Sistema interamericano

[38] Aprobada internamente el 15 de diciembre de 1959, mediante Resolución Legislativa Nº 13282.

El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. No indica la Convención a qué tipo, o tipos, de familia se refiere. Aplicando el principio jurídico de que no se puede distinguir donde la ley no distingue, se debe entender que la Convención establece una protección general para todas las familias, independientemente de cuál sea su composición. En todo caso, corresponde a la legislación nacional establecer las regulaciones particulares, sin detrimento del derecho esencial establecido en este instrumento internacional. En ese sentido, podemos asegurar que la normativa interamericana garantiza la protección de todas las familias, y que la legislación nacional no podría establecer distinciones, exclusiones o restricciones a este derecho, que vendrían a constituir discriminaciones contrarias al estándar que establece la normativa. Así lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al indicar que: El derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho. [...] El artículo 17 (4) de la CADH es la 'aplicación concreta' del principio general de igual protección y no discriminación en el matrimonio del artículo 24.[39]

Al respecto debe tenerse especial cuidado, en la legislación nacional, de no establecer regulaciones que puedan ser restrictivas para familias monoparentales u otras y, especialmente, para aquellas encabezadas por mujeres en condiciones de pobreza.[40]

[39] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso María Eugenia Morales contra Guatemala, Informe Final.

[40] El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se ha pronunciado al respecto, señalando que: "Al dar efecto al reconocimiento de la familia en el contexto del artículo 23, es importante aceptar el concepto de las diversas formas de familia, con inclusión de las parejas no casadas y sus hijos y de las familias monoparentales y sus hijos, así como de velar por la igualdad de trato de la mujer en esos contextos (véase la Observación general Nº 19, párr. 2). La familia monoparental suele consistir en una mujer soltera que tiene a su cargo uno o más hijos,

Así mismo lo entiende la Convención Americana, al señalar en el artículo 29, sobre las normas de interpretación que: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella[...]

2.2.6.1. EL DERECHO A FUNDAR UNA FAMILIA

Este derecho se encuentra enunciado en los artículos 16º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nuestra Constitución, si bien no lo enuncia en el listado de derechos de la persona, le reconoce tal condición en virtud de lo dispuesto en el artículo 3º, que constituye una puerta abierta a la constitucionalización de derechos no mencionados expresamente en el artículo 2º, pero de naturaleza análoga a los enunciados o que se funden en la dignidad de la persona.

No existe una forma única de familia pues ésta puede adoptar diversas maneras de constituirse y estructurarse, dependiendo ello en gran medida de factores socioeconómicos y culturales. Así, si bien se suele propiciar, a través de la legislación, que las familias se funden en uniones matrimoniales, familia y matrimonio no son lo mismo. La realidad, además, nos dice que cada vez con mayor frecuencia existen las no matrimoniales y monoparentales[41].

y los Estados Partes deberán describir las medidas de apoyo que existan para que pueda cumplir sus funciones de progenitora en condiciones de igualdad con el hombre que se encuentre en situación similar." Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General No 28, 29 de marzo de 2000.

[41] Las familias monoparentales son aquellas constituidas por la madre o el padre y los hijos

Nuestra Constitución de 1993 ha optado expresamente por promover el modelo de familia matrimonial. Las uniones de hecho, si bien son reconocidas constitucionalmente y, sin duda alguna, son un modo más de fundar una familia, gozan en nuestro ordenamiento de un status inferior al matrimonio. Sobre esta suerte de status distinto para las uniones de hecho, en la doctrina extranjera (ESPIN, 2000) encontramos que algunos han sostenido que tal diferencia de trato constituiría una práctica discriminatoria. La posición mayoritaria, sin embargo, considera que ello no sería así dado que el matrimonio y concubinato son supuestos fácticos distintos a los que les corresponde válidamente consecuencias distintas.

Cabe destacar, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional Español ha sostenido la doctrina del status inferior para las uniones de hecho. Así, en la Sentencia 184/1990 se sostuvo que: "Es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho more uxorio, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera ope legis en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantiene una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio".

El derecho constitucional a fundar una familia y el reconocimiento de esta como elemento natural y fundamental de la sociedad, exige a nuestro juicio que el Estado tenga una política de

protección a las uniones de hecho, las familias monoparentales y otras posibles, garantizando el ejercicio pleno de los derechos de sus miembros, de tal modo que la promoción de la familia matrimonial no debe significar en modo alguno la des protección de otras formas de fundar una familia.

NUESTRA POSICION

En el Perú, en los últimos años se han aprobado a nivel parlamentario una serie de leyes que facilitan e integran los nuevos arreglos familiares, no obstante; ¿estamos preparados como ciudadano/as a habitar y convivir en un mismo espacio social o institucional, entre personas con proyectos de vida y de familia diferentes?

Al revisar nuestra Constitución en lo que se refiere el artículo 2° respecto a los Derechos Fundamentales consagrados nos damos con la sorpresa que en sus veinticuatro articulados no prescribe nada respecto al Derecho a formar una Familia. Sin embrago ello no debe quedar desprotegido; así el artículo 3° (Perú, 2012) prescribe: *"La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los derechos que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombreen los principios de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".*

A este entender el Derecho a formar una Familia está respaldada por la Norma Suprema; y por lo tanto la maternidad subrogada constituye un nuevo modelo de formar una familia.

2.2.7. DERECHO A LA PROTECCION DE LA FAMILIA

La protección especial de la familia está consagrada en la Declaración universal de los derechos humanos, adoptada y proclamada por la asamblea

General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. El artículo 16 numeral 3, expresamente establece: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado". Igualmente se consagra en el artículo 10° del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, y en el artículo 23 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, aprobados por la asamblea general de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y por la Ley 74 de 1968, y en casi la totalidad de las constituciones expedidas en este siglo.

El Art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado. El Art. VI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y el Art. 15 del Protocolo de San Salvador, también señalan el derecho a la protección de la familia y el Art. 4, inciso e) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como Convención de Belém do Pará), establece el derecho de las mujeres a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

La protección se extiende a cualquier unidad social cuyos miembros estén vinculados por relaciones análogas a las de índole conyugal o parental. "(...) la familia, como unidad fundamental de la sociedad, merece los principales esfuerzos del Estado, con el fin de garantizar su protección integral y el respeto a su dignidad, honra e intimidad intrínsecas. De allí que la obligación de salvaguardia en cabeza del ente estatal no esté condicionada por la conformación del núcleo familiar de acuerdo con las ritualidades del matrimonio, sino que se refiera llanamente a la familia en su naturaleza extrajurídica. Por eso la Constitución también les ofrece la garantía de

seguridad a las familias conformadas a partir de la decisión voluntaria de un hombre y una mujer de convivir juntos"[42].

El punto es especialmente relevante en relación con familias en situación de pobreza, pues las condiciones de pobreza pueden generar restricciones o exclusiones que limitan el ejercicio de los derechos de las personas en condición más vulnerable, particularmente mujeres y personas menores de edad, adultas mayores o con discapacidades. Por ello, especialmente estas familias requieren de apoyo del Estado para posibilitar el ejercicio de los derechos humanos de quienes las integran.

La Familia cono institución jurídica

El texto del Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[43] indica, como ya lo señalamos que "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad (…)", hace referencia a que la familia es institución no sólo en el sentido pre jurídico como "formación social", sino también en el sentido propiamente jurídico-positivo de "institución jurídica".[44]

La Familia como institución que hay que tutelar

En el mismo sentido, al reconocer a la familia como institución jurídica, tanto el Artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos

[42] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia No. T-199/96. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

[43] Véase: ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Op. Cit. El Artículo 16.3 prescribe lo siguiente: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"

[44] En el mismo sentido señala TAURAN: "Si esta fuera de toda duda que el ordenamiento jurídico internacional reconoce la familia como institución que hay que tutelar y en cierta medida promueve su reconocimiento como sujeto de derechos y deberes, la efectiva tutela de la familia, y la eventual actuación de su personalidad jurídica, hallan su cumplimiento en la legislación de los Estados, en la medida que éstos tomas y desarrollan el mandato internacional". TAURAN Jean-Louis. Op. Cit., p. 237

como el texto del Artículo 10.1[45] y 10.3[46] del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales predican de ella una subjetividad pasiva, es decir, el derecho al disfrute de la protección de la sociedad. Le corresponde a la familia ser un sujeto social activo, o sea, la posibilidad de participar directamente en la vida de la sociedad como un "protagonista social" en orden al desarrollo económico y al progreso civil de la comunidad internacional[47].

La familia es una institución básica para el desarrollo de políticas de Estado en materia de protección integral de la minoridad y su destrucción es letal para cualquier intento de construir una sociedad fuerte y organizada sustentada en valores permanente [48].

Tradicionalmente, con la influencia de la Iglesia Católica, se consideraba "familia" a aquella formada por los padres casados e hijos biológicos. Luego se aceptaron las uniones de hecho, las familias monoparentales y las ensambladas.

[45] Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, Op. Cit. El Artículo 10.1 prescribe lo siguiente: "Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges."

[46] Véase: OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1976, Op. Cit. El Artículo 10.3 prescribe lo siguiente: "Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil."

[47] Cfr. TAURAN Jean-Louis, Op. Cit. p. 238

[48] Cffr. LANDO, Juan Carlos. "La Institución del Matrimonio", Revista Científica Equipo Federal del Trabajo, N° 60, Mayo 2010, p. 5

La Constitución de 1920[49] protegía a la religión católica, y por lo tanto también a sus dogmas, entre ellos no aceptar el concubinato y que el matrimonio sea indisoluble.

El Código Civil de 1852[50] establecía que el matrimonio era perpetuo e indisoluble y sólo la muerte lo extinguía. Los cónyuges podían separarse de cuerpo por determinadas causales, que contenían supuestos de incumplimiento de los deberes del matrimonio por parte del otro cónyuge, pero no se rompía el vínculo marital. (http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioactual_enero_25.ph p. , s.f.)

La Constitución de 1933, si bien protegió a la Religión Católica, también reconoció la libertad de ejercer otras religiones, así lo señalaba su Artículo 231[51], además de reconocer en su Artículo 51[52] la protección al matrimonio, a la familia y a la maternidad.

En el Código Civil de 1936[53], se reconoció el divorcio absoluto, es decir, la disolución del vínculo matrimonial y la posibilidad de contraer nuevo matrimonio.

La Constitución de 1979 establece en su Artículo 5[54] que el Estado protege al matrimonio y a la familia, reconociéndola como institución fundamental de la Nación. De igual forma reconoce ciertos derechos a la

[49] Constitución Política del Perú. Artículo 1920. Artículo 5.- La nación profesa la religión Católica, Apostólica y Romana. El Estado la protege.

[50] Código Civil Peruano de 1852. Artículo 134: "Art. 134. El matrimonio legalmente contraído es indisoluble; acábase solo por la muerte de alguno de los cónyuges. Todo lo que se pacte en contrario es nulo, y se tiene por no puesto".

[51] Constitución Política del Perú de 1993. Artículo231: "Respetando los sentimientos de la mayoría nacional, el Estado protege la Religión Católica, Apostólica y Romana. Las demás religiones gozan de libertad para el ejercicio de sus respectivos cultos".

[52] Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 51: "El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley".

[53] Título I de la Sección Tercera del Código Civil de 1936. Artículo 247 y siguientes.

[54] Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 5.- "El Estado protege al matrimonio y a la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por ley. La ley señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia".

figura de la unión de hecho en el Artículo 9[55] del capítulo referido a la familia.

Además de ello, establece derechos y deberes de los miembros de las familia, como por ejemplo el deber de los padres de educar[56] y alimentar a sus hijos, el deber de respetar y asistir a los padres, prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad, protege a la madre, al niño y al anciano, en caso de desamparo[57].

Como podemos apreciar, la protección a la familia y a sus miembros, ha pasado, con el devenir de los años, de la esfera privada a la esfera pública, la cual ya no s guiada exclusivamente por la Iglesia Católica, sino que se comprende la necesidad de que sea tratada como un deber asumido por el Estado[58].

NUESTRA POSICION

De lo descrito, el Derecho a la Protección de la Familia se encuentra regulada en el artículo 4° de la Norma Suprema que prescribe: "… *También protegen a la familia y…"* (Perú, 2012)

En tal sentido el Estado está en la obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos a quienes son parte de una familia, sin importar el origen. De esta manera la maternidad subrogada como un nuevo escenario de vida y de formación de una familia se verá protegida en su máxima expresión.

---

[55] Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 9.- "La unión establece de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho por el tiempo y en las condiciones que señala la ley, da lugar a una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto es aplicable."

[56] Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 23: "El Estado garantiza a los padres de familia el derecho de intervenir el proceso educativo de sus hijos, y de escoger el tipo y centros de educación para estos"

[57] Constitución Política del Perú de 1979. Artículo 6: "El estado ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad."

[58] Cfr. GONZALES LUNA, María Alejandra. "Los Retos del Derecho ante las nuevas formas de Familia". Comentarios a la Jurisprudencia, Palestra del Tribunal Constitucional, Año 3, N° 03, marzo 2008, p. 96

2.2.8. DERECHO A LA IDENTIDAD

Conforme a la norma constitucional, el derecho a la identidad está considerado dentro de los derechos fundamentales de la persona; por lo que "Los Derechos Fundamentales, son facultades esenciales de ejercicio de la persona humana, que protegen su dignidad y sus libertades; que han sido reconocido por las constituciones y que deben respetarse por parte de sus respectivos Estados." (ORTECHO V., 2008)

Asimismo, García Toma manifiesta que "Los derechos fundamentales son definidos como aquella parte de los derechos humanos que se encuentran garantizados y tutelados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular…" (GARCIA T., 2013)

Derecho a la identidad es el derecho que tenemos todas las personas de conocer por quienes hemos sido concebidos, lo cual abre la posibilidad de identificar a aquellos que nos dieron la vida. "De esta manera, se puede definir el derecho a la identidad es un derecho humano y por lo tanto fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades" (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001). Este derecho comprende diversos aspectos que distinguen a una persona de otra, incluyendo el derecho a tener un nombre y a la posibilidad de identificación a través de un documento de identidad. Así pues podemos asumir, la identidad personal supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento (VARSI ROSPIGLIOSI, 2001). Es pues o que constituye la verdad misma de la persona, no solo considerada individualmente, sino en su dimensión social, en relación con los demás.
Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual se uno mismo "y no otro". Las características de la personalidad cada cual se proyecta hacia

el mundo exterior, se fenomenaliza y permite conocer a la persona, a cierta persona en su mismidad, en lo que ella es en cuanto específico ser humano.[59]

El instituto de la filiación, necesariamente encierra un vínculo con el derecho a la identidad. Este principio o derecho se encuentra reconocido en la Constitución de 1993. Igualmente, el artículo 16º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos indica que: "Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica".

Y el artículo 3º de la CADH: "Toda persona tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica". Asimismo, en el artículo 19 de la CADH se establece que

> *"Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario". Finalmente, el artículo 20.1 del mismo texto normativo indica que: "Toda persona tienen derecho a una nacionalidad".*
>
> *En el caso de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificado por el Perú y parte del ordenamiento interno, nos ofrece ciertas luces sobre el tema al señalar en su artículo 8.1 que: "Los Estados parte se comprometerán a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilicitas*"

Igualmente, el Código de los Niños y Adolescentes señala en el artículo 6 que: *"El niño y adolescente tienen derecho a un nombre, a la nacionalidad peruana, a conocer a sus padres y a ser cuidado por éstos. Será registrado*

[59] FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho a la Identidad Personal. Pág. 113 y sgtes.

por su madre o responsable inmediatamente después de su nacimiento en el registro civil correspondiente". (Grijley, 2017)

De estas normas podemos desprender que el derecho a la identidad tiene una naturaleza compleja, es el continente de otros derechos. Así, el contenido del mismo se define como:

a. Derecho al nombre

b. Derecho a la nacionalidad

c. Derecho a las relaciones familiares (conocer a sus padres y ser cuidado por ellos).

En otro término, la doctrina señala que el derecho a la identidad es el conjunto de atributos y características psicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad; en suma seria todo aquello que hace que cada cual se "nuno mismo" y no "otro" (Fernández Sessarego, 1992). Fernández Sessarego distingue entre la identidad estática y la identidad dinámica. La primera está conformada por características que no varían en el tiempo, tales como el nombre, el sexo, la nacionalidad, el idioma de origen, el grado de parentesco, en tanto que la identidad dinámica, se encuentra conformada por la edad, el entorno socio familiar, etcétera[60].

Se hace referencia a la identidad biológica, la cual está relacionada con el nombre de los progenitores, el lugar de nacimiento, etc., es decir, todas las características con las cuales se pueda identificar a una persona (FERNANDEZ SESSAREGO, 1990). La identidad personal, supone reconocer a la persona como es ella misma, delimitada por sus propios caracteres físicos y su propio comportamiento (FERNANDEZ SESSAREGO, 1990). Es pues lo que constituye la verdad misma de la

[60] Barletta Villarán, María Consuelo. Los procesos de exclusión de nombre y su incidencia en el derecho a la identidad de los niños, en: Material del curso Derecho de la niñez y adolescencia de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, semestre 2009-2.

persona, no solo considerada individualmente, sino en relación con los demás, lo que constituye su dimensión social.

El derecho a la identidad se encuentra regulado de manera expresa en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993, el cual refiere: "Derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y su libre desarrollo y bienestar…". El Tribunal Constitucional ha desarrollado doctrinariamente el derecho a la identidad como un atributo de la persona, entendido como aquel derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. "Es decir cada ser tiene características especiales inherentes a su persona, lo cual lo individualiza como un ser único en su esencia" (MERINO MARTINEZ, 2009)

El derecho a la identidad consiste en que todo niño o niña tiene derecho a ser inscrito/a inmediatamente después de su nacimiento; a tener un nombre desde que nace y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (MERINO MARTINEZ, 2009)

2.2.8.1. NATURALEZA

La jurisprudencia Italiana ha puesto de relieve 3 notas características del Derecho a la Identidad:[61]

- Primero, la identidad personal abarca y comprende todos los complejos y múltiples aspectos de la personalidad, lo que cada uno realmente es y significa en su proyección coexistencial. Engloba todos sus atributos, sean positivos o negativos. Es así que todas las notas de la personalidad, vinculadas esencialmente en la unidad del yo, determina la identidad personal de cada sujeto.

[61] Ibid.

- Segundo, la jurisprudencia destaca la objetividad de la identidad personal, "Entendido en el sentido de la correspondencia entre comportamientos externos relevantes del sujeto y la representación de la personalidad". Es decir, que la que merece tutela jurídica es la identidad real y no aquella aparente o simulada de que la persona pueda arbitrariamente y subjetivamente atribuirse.

- Tercero, la identidad personal se caracteriza por su exterioridad, ella se refiere al sujeto en su proyección social, en su dimensión de coexistencialidad; es la última característica, es consustancial al derecho, en cuanto este es primario y necesariamente coexistencial.

2.2.8.2. Derecho al Nombre y a la Identidad

Estos derechos se encuentran estrechamente relacionados entre sí, ya que difícilmente una persona podría gozar del derecho a la identidad, si ni siquiera tiene un nombre que le permita ser distinguido entre la colectividad. Al respecto CASTAN indica que el derecho al nombre es "el elemento configurador del estado civil y principal factor de identificación".[62]

Por otra parte, BONET hace un aporte digno de ser destacado e indica que para que este derecho sea considerado como un valor de la personalidad es preciso que cumpla una función más que individualizadora; es decir, debe ser una "[…] expresión de la vida moral y material de una persona en todas sus relaciones familiares y sociales". (BONET, 1940)

[62] CASTAN citado por PÉREZ, Víctor. (1994). «Derecho Privado», Tercera Edición. San José, Costa Rica. P. 95.

2.2.8.3. El derecho a conocer a los padres

Este derecho se encuentra vinculado a la verdad biológica y al derecho a ser cuidado por los padres. Se encuentra regulado en el artículo 8 inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes.

En relación a la verdad biológica, ésta ha sido puesta en relieve a partir del análisis de la institución de la adopción en los distintos sistemas jurídicos. Sin embargo, aunque partió de la institución de la adopción, la verdad biológica se ha convertido en referente obligado cuando se estudia el derecho a la identidad de los hijos en cualquiera de sus ámbitos de análisis.

Así, la verdad biológica ha adquirido relevancia significativa en los últimos años. Ello se debe a los avances científicos y tecnológicos que permiten determinar con un alto grado de certidumbre la paternidad y maternidad biológica del hijo. En efecto, existen desarrollos sobre derecho y genética a partir de los casos de fertilización asistida, entre otros[63]

María Corona Quesada González ha indicado la existencia de un derecho fundamental de la persona a la verdad biológica. De hecho, la doctrina alemana empieza a defender la existencia de un derecho fundamental de la persona: "El derecho a conocer el propio origen o ascendencia biológica del que toda persona es titular" (Quesada González, 1994)

[63] La fiabilidad de este tipo de pruebas, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en que si el resultado es negativo, su fiabilidad es del lOO%. Si el resultado es positivo, su fiabilidad es superior al 99%.

2.2.9. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA FILIACION

2.2.9.1. ANTECEDENTES

Paz Espinoza (Paz Espinoza, 2002) enseña que la filiación es un instituto jurídico que surge con la familia monogámica a través de la cual las relaciones intersexuales entre varón y mujer es posible determinar, certera y exclusivamente, la paternidad de los hijos.

La filiación es el vínculo determinado por la procreación entre progenitores y sus hijos.

En la doctrina y legislación tradicional se sabe que existían dos categorías: los hijos legítimos generados dentro del matrimonio o legitimados por subsecuente casamiento de los padres y los hijos ilegítimos los cuales se subdividían en hijos naturales de padres que al tiempo de la concepción podían casarse para ser reconocidos, los hijos adulterinos, producto de la unión de dos personas que al momento de la concepción no podían casarse, los incestuosos, hijos de padres que no podían contraer matrimonio por el parentesco y los hijos sacrílegos, que procedían de padre clérigo, se sabe que los hijos adulterino, incestuosos y sacrílegos no podían reclamar la paternidad o maternidad, salvo casos en que fueran reconocidos, en cuyo caso podían reclamar alimentos hasta los dieciocho años. (Rolando, 2008)

2.2.9.2. CONCEPTO

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación, tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y sociedad. Así la filiación en sentido genérico según Cornejo Chávez (Cornejo Chávez, 1985) es aquella que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes y por otra en sentido estricto, es aquella que vincula a los hijos con sus padres y establece una relación de sangre y derecho entre ellos.

Planiol y Ripert dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas (Planiol, Maree! y Ripert, Georges, 1948) de las cuales una es el padre o la madre de la otra.

Méndez Costa la define como el "estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado" (Méndez, 1986)

2.2.9.3. CARACTERÍSTICAS

a) Única

Tengo solo un padre y una madre. Ninguna persona, nadie, puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación. En el caso de la adopción, revertida esta por el hijo adoptivo (art. 385 del Código Civil), readquirirá su filiación anterior la filiación primigenia queda latente hasta que caduque el derecho de negar la adoptiva.

b) Construcción cultural- afectividad

La filiación es una construcción cultural, resultante de la convivencia familiar y de la afectividad, el Derecho la considera un fenómeno socio afectivo, incluido el origen biológico que antes tenía la exclusividad. (Lobo, 2008)

La presencia y fuerza de la filiación no es exclusiva de la relación biológica padre/hijo. La filiación no es superficial ni cutánea, es profunda y medular. La relación humana vinculante con la filiación está impregnada de amor, consecuentemente lo está también la relación jurídica, si se quiere ser congruente entre el Derecho y la vida. (Magallon Ibarra, 1998)

c) Vínculo Jurídico

Un vínculo, nexo, lazo que une a dos personas, el hijo y el padre. Como manifiesta Krasnow (Krasnow, 2005) es el vínculo entre

padres e hijos cuando se traslada al plano jurídico. De este vínculo emergen consideraciones legales que trascienden en sus integrantes comprometiéndoles entre y para sí.

d) Unitaria

La unidad de la filiación implica igualdad y equiparidad en el régimen de los derechos y obligaciones entre padres e hijos. La filiación es una independientemente del estado civil de los progenitores, casados o solteros, la procreación no afecta a la descendencia. Con base en el principio de unidad ya no se califica las categorías de la filiación.

e) Orden público

En mérito de la trascendencia de las relaciones paterno filiales las normas que la reglamentan son de orden público lo que implica que no puedan ser susceptibles de modificación. La estructura de la filiación influye en una serie de datos de orden social, cultural, económico, etc., las cuestiones relativas a la filiación no se agotan en el interés privado, trascienden al interés público (Galindo Garflas, 1994) de allí que sus relaciones sean exigibles coercitivamente y no puedan ser pactadas o limitadas por mera voluntad de las partes.

f) Inextinguible e imprescriptible

Se prolonga en el tiempo y trasciende a la voluntad de los sujetos. De Farias y Rosenvald (Farras, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson) justifican tres razones, primus, en razón de su carácter declarativo limitando la afirmación a la existencia de una relación jurídica, secundus, por tratarse de una acción de estado no puede someterse a un plazo extintivo, tertius, con mayor razón y vigor, por envolver un derecho fundamental,

reconocido constitucionalmente, no puede estar sometido a un plazo para su ejercicio.

g) Estado civil

Posición de una persona dentro de una familia y en la sociedad. La filiación es consubstancial al concepto persona, es la condictio sine qua non para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia.

De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: Estado jurídico. Asignado por la ley a una persona y deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra. Estado social. En cuanto se tiene respecto a otra u otras personas y trasciende en la sociedad.

Estado civil. Implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

2.2.9.4. IMPORTANCIA

La procedencia de los hijos respecto de sus padres es la relación humana más significativa.

De las instituciones del Derecho de familia, la filiación tiene relevante importancia tomando en cuenta la responsabilidad que se genera con la procreación es única, básicamente en los primeros años que exigen una permanente atención del hijo hasta que alcance el desarrollo que le permita integrarse en la sociedad. (Magallon lbarra, 1988)

Su incidencia se manifiesta en la familia, en la sociedad y el Estado. El Derecho le presta especial importancia en su regulación (civil, penal, administrativa) con la finalidad de concretar la relación paterno filial. La determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de

derechos y obligaciones, básicamente de deberes de obsequium e pie- tas [64](cumplimiento de los deberes para con los suyos).

2.2.9.5. DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

La determinación de la filiación es la aseveración legal de una realidad biológica presunta, cierta, creída pero no acreditada. Es la conditio iuris, la razón esencial y básica que permite el ejercicio de os derechos y obligaciones de la relación paterno filial. Como dice Famá:

> *"La determinación de la filiación implica señalar jurídicamente quién es la madre y/o el padre de una persona, y puede tener su origen en tres fuentes: a) legal, cuando resulta establecida por ley sobre la base de ciertos supuestos de hecho, b) voluntaria o negocia), si proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento expreso o tácito del hijo; y e) judicial, cuando es producto de una sentencia que declara la filiación no reconocida"* (FAMÁ, 2009)

2.2.10. EL PRINCIPIO SUPERIOR DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE

2.2.10.1. ALCANCES DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El origen de éste principio según Miguel Cillero Bruñol no es actual ya que desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones pragmáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; intereses y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

[64] PECORElIA, Corrado. (Voz) "Filiazione (storia)". En: Enciclopedia del Diritto.Ob. cit., p. 450.

Antes de la Convención (Convención de los derechos del Niño y del Adolescente), la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de "interés superior" pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de "derecho". Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al "interés superior del niño" podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

Sin embargo, también señala que debe abandonarse cualquier interpretación paternalista-autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista-autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa "realizaba" el interés superior del niño, lo "constituía" como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la

decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas. [65]

Asimismo, Jorge Luis Carranza, señala que este Principio es la prueba angular de la Justicia de menores, la razón de ser de su existencia y el principio a cuyo alrededor pivotean los restantes. (Carranza, 2000)

Por su parte Garay Molina, señala que a este principio también denominado primacía de los intereses del niño, es quizás, el más importante de los consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento internacional contiene reiteradas referencias a este principio, pues es considerado fundamental para su causa.

También refiere que este principio es un reflejo del carácter integral de la doctrina que se define por la indivisibilidad e integralidad de la protección de derechos y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de derechos humanos en general. (Molina, 2009)

2.2.10.2. DEFINICIÓN

Es el principio por excelencia, que tendrá que considerarse en cualquier debate en torno a la patria potestad, la tenencia, el régimen de visitas, alimentos, restitución y toda circunstancia donde deban ventilarse los derechos de los niños y adolescentes.

En casos de separación del padre y la madre, la separación de los niños de uno de ellos parece ser la inevitable consecuencia de la decisión de los padres a no mantener un hogar común; si bien el

[65] Miguel Cillero Bruñol. Artículo "El Interés Superior Del Niño En El Marco De La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño"

interés superior del niño y la niña es relevante para determinar a quién le corresponde la guarda, el concepto de necesidad de separación no parece atinente.

Es evidente que las diversas modalidades que se incluyen dentro del más amplio concepto de tenencia compartida apuntan a satisfacer el interés superior del niño, al asegurarle una relación estrecha y fluida con sus dos padres, más allá de las contingencias que pueda atravesar la relación conyugal, pues si ambos progenitores han convenido un régimen de tenencia específico, resulta inobjetable que, en principio y salgo casos de perjuicio evidente para los niños, son los padres quienes se encuentran en mejores condiciones para arribar al acuerdo que resulte más beneficioso para sus hijos.

En observancia a este Principio, se debe tener en cuenta la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos a los niños, niñas y adolescentes. Debiéndose respetar: a.- Su condición de sujeto de derecho. b.- El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta. c.- El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural. d.- Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales. e.- El equilibrio entre los derechos y garantías que poseen y las exigencias del bien común. f.- Su centro de vida, es decir el lugar donde hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

2.2.10.3. APLICACIÓN: LA EVALUACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Para el Comité de los Derechos de Niño de la UNICEF[66] El "interés superior del niño" es un derecho, un principio y una norma de procedimientos basados en una evaluación de todos los elementos del interés de uno o varios niños en una situación concreta. Al evaluar y determinar el interés superior del niño para tomar una decisión sobre una medida concreta, se deberían seguir los pasos que figuran a continuación:

a) En primer lugar, determinar cuáles son los elementos pertinentes, en el contexto de los hechos concretos del caso, para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás y; b) En segundo lugar, para ello, seguir un procedimiento que vele por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho.

El interés superior del niño y su relación con otros principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño

Según el informe redactado por la UNICEF, este principio guarda relación con otros principios que protegen al niño, tales como:

1. El interés superior del niño y el derecho a la no discriminación (artículo 2). El derecho a la no discriminación no es una obligación pasiva que prohíba todas las formas de discriminación en el disfrute de los derechos consagrados en la Convención, sino que también exige a los Estados que se adelanten a tomar medidas apropiadas para garantizar a todos los niños la igualdad efectiva de oportunidades en el disfrute de

[66] UNICEF. Observación general Nº 14 Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013)

los derechos enunciados en la Convención. Ello puede requerir la adopción de medidas positivas encaminadas a corregir una situación de desigualdad real.

2. El interés superior del niño y el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6). Los Estados deben crear un entorno que respete la dignidad humana y asegure el desarrollo holístico de todos los niños. Al evaluar y determinar el interés superior del niño, el Estado debe garantizar el pleno respeto de su derecho intrínseco a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

3. El interés superior del niño y el derecho a ser escuchado (artículo 12). La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general Nº 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior.

El Principio de Interés Superior del Niño está relacionado con el derecho a ser escuchado, el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, entendiéndose de la revisión de la Observación General N° 14 que el fin de todos los principios y derechos es garantizar que se busque el interés superior

del niño, en todos los casos en que sus derechos se encuentren en controversia.

Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño.

El veintisiete de mayo del año 2016, se publicó en el Diario El Peruano la Ley N° 30466- Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del Interés Superior del Niño, con los siguientes artículos de relevancia para nuestro tema de estudio:

Artículo 2. Interés superior del niño

El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

Artículo 3. Parámetros de aplicación del interés superior del niño

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta los siguientes parámetros:

1. El carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado de los derechos del niño.
2. El reconocimiento de los niños como titulares de derechos.
3. La naturaleza y el alcance globales de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El respeto, la protección y la realización de todos los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.
5. Los efectos a corto, mediano y largo plazo de las medidas relacionadas con el desarrollo del niño a lo largo del tiempo.

Artículo 4. Garantías procesales

Para la consideración primordial del interés superior del niño, de conformidad con la Observación General 14, se toman en cuenta las siguientes garantías procesales:

1. El derecho del niño a expresar su propia opinión, con los efectos que la Ley le otorga.
2. La determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados para evaluar el interés superior del niño.
3. La percepción del tiempo, por cuanto la dilación en los procesos y procedimientos afecta la evolución de los niños.
4. La participación de profesionales cualificados.
5. La representación letrada del niño con la autorización respectiva de los padres, según corresponda.
6. La argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño.
7. Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones concernientes a los niños.
8. La evaluación del impacto de la decisión tomada en consideración de los derechos del niño. Los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño.

2.2.10.4. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/NIÑA EN LA JURISPRUDENCIA

En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia de la República mediante el expediente N°756-2005-PUNO, se pronunció sobre el interés superior del niño/niña, en el considerando tercero no es

menos cierto que existen normas sustantivas que tienen que tienen prevalencia sobre cualquier norma procesal. Tal es el caso del artículo IX del Código de los Niños y Adolescentes, que dispone que en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la Sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del niño/niña y del adolescente y el respeto de sus derechos. En consecuencia, estando a que es política permanente del Estado la lucha contra toda forma de violencia familiar, estableciendo medidas cautelares y resarcimiento de los daños y perjuicios causados por ella y al haberse determinado- según las evaluaciones psicológicas obrantes a fojas diez, once y doce- que los menores sufren de maltrato emocional, bien ha hecho la Sala Superior en fijar medidas de protección a favor de los menores (http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html, p. 15., s.f.). Dicho expediente, se trata de un recurso interpuesto por don Arturo Huamán Arias, contra la resolución que declaró fundada la demanda de violencia familiar respecto de los menores Arturo y Waldo Huamán Alvarado, el recurso fue declarado infundado el interpuesto en consecuencia no casaron la resolución de vista de fojas doscientos cuarenta y seis, de fecha treinta y uno de enero de dos mil cuatro.

En el año 2008 el Tribunal Constitucional se pronunció en la sentencia N° 2132- 2008- PA/TC - ICA, en la cual doña Rosa Felicita Elizabeth Martínez García interpone recurso de agravio constitucional con el objeto que se declaren nulas las resoluciones: i) N.º 5, de fecha 19 de marzo del 2004, ii) N.º 8, de fecha 1 de abril de 2004 y iii) N.º 10, de fecha 22 de mayo del 2004, que declara improcedente la nulidad deducida por la recurrente, resoluciones

todas sobre aumento de alimentos en favor de su menor hija Ana Fiorella Solier Martínez (http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html, p. 17. , s.f.).

2.2.10.5. EL DERECHO DEL NIÑO/NIÑA A CONOCER A SUS PADRES Y A SER CUIDADO POR ELLOS

Resulta evidente que para poder cumplir los derechos y exigir la atención de los deberes que corresponden a los hijos, éstos deben conocer previamente quiénes son sus padres[67]. Una vez determinada la filiación, esto es, establecidas la paternidad y la maternidad, surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes reconocidos en función del interés de los hijos, que se resumen en el cuidado integral de estos.

El derecho del niño/niña a conocer a sus padres aparece expresamente recogido en el artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de Niño[68]. Resulta evidente que para poder cumplir los deberes y derechos que corresponden a los hijos, estos deben conocer previamente quiénes son sus padres. Una vez determinada

[67] De acuerdo con la concepción clásica, si bien es ley de la biología que cada hijo tiene un padre y una madre, para el Derecho, sin embargo, puede carecer de uno de ellos, o de los dos, porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está siempre la atribución de un estado de filiación. Al respecto, se sostiene que el derecho para establecer entre dos personas concretas la relación de filiación, plena de pretensiones recíprocas, ha de exigir determinados presupuestos que, de faltar, hacen imposible el establecimiento del vínculo de parentesco y entrañan como consecuencia que no sea para el Derecho un absurdo la existencia de un ser humanos sin padre e incluso sin madre, porque ello no quiere negar que biológicamente carezca de ellos, sino que significa que ningún varón o ninguna mujer tiene respeto de dicho ser los derechos y deberes jurídicos que al padre o a la madre corresponden por imperativo y concesión de la norma jurídica. A partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, se impone a todos los efectos del principio de la verdad biológica y, por lo tanto, la realidad genética en los procesos sobre filiación, contando para ello con la fuerza demostrativa de las pruebas biológicas que ofrecen plena solvencia, hasta el punto que los porcentajes de error, son siempre inferiores a los de cualquier otro elemento demostrativo, siempre que estas pruebas sean practicadas por expertos en centros especializados. El principio de la verdad biológica significa que cada sujeto podrá figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, puesto que dispondrá del uso de medios que el Derecho pone a su alcance para rectificar la situación que vive si no está conforme con ella. Véase en GROSMAN, Cecilia. El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia…, Op. Cit. p. 31.

[68] Artículo 7° de la Convención sobre los Derechos de Niño: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

la filiación –establecida la paternidad y la maternidad- surge inmediatamente la atribución a los padres del conjunto de derechos y deberes, reconocidos en función del interés de los hijos, que resumen en el cuidado integral de estos. "El derecho a conocer a los padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad"[69]. A partir del mismo, cada persona, cada ser humano ostentará la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia de que sus padres se encuentren o no unidos entre sí por vínculo matrimonial. Cada sujeto podrá figurar como hijo de quien verdaderamente lo sea, las acciones de filiación como manifestaciones concretas del derecho del niño/niña a conocer a sus padres, participan del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho, el cual, para el ejercicio exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones.

El derecho a conocer a los padres resulta comprendido como uno de los atributos de la identidad de toda persona, la identidad en las relaciones familiares, se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que tiene su origen en la procreación humana, esto es, el establecimiento de la paternidad y de la maternidad[70]. De ello se encargan las acciones de filiación, cuyo objeto es la constitución del emplazamiento filial, cuanto las que tienen por objeto el

[69] GROSMAN, Cecilia. El interés superior del niño en Los derechos del niño en la familia…, Op. Cit. p. 32.

[70] Las acciones de filiación, como manifestaciones concretas del derecho del niño a conocer a sus padres, participar del mismo carácter imprescriptible e irrenunciable de este derecho, el cual, para su cabal ejercicio, exige abandonar el sistema de causales determinadas para ejercitar tales acciones. Ello es así, desde que se comprueba que la realidad social imperante ha desbordado la previsión legislativa en aquellos países en los que rige tal sistema, provocando situaciones discriminatorias, por cuanto solo pueden ejercer tales pretensiones quienes se encuentren incursos en alguna de las causales legales. Para suprimir tales circunstancias indeseables, el sistema de causales indeterminadas rige justamente para que todo supuesto de hecho demostrable fundamente el reclamar o impugnar la filiación matrimonial y no matrimonial. Véase en TORREBLANCA GONZALES, Luis Giancarlo. "El interés superior del niño, ¿puede modificar los acuerdos contenidos en una conciliación judicial?", Actualidad Jurídica, Nº 182, setiembre 2009, p.125.

desplazamiento, vale decir, las acciones de reclamación y de impugnación de la filiación.

2.3. FORMULACION DE HIPÓTESIS

2.3.1. Hipótesis Principal

Nuestra legislación actual no proporciona una adecuada regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando.

2.3.2. Hipótesis Específicos

HE 1. Es necesario porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna la vulneración de derechos fundamentales.

HE 2. Si, existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.

HE 3. Los Derechos Fundamentales vulnerados son en su mayoría los consagrados en la Carta Magna. Pero en la presente investigación tocare los más relevantes.

- Derecho a la Dignidad tanto de la mujer y el niño.
- Derecho a formar una familia, que por cierto no está consagrada en la Carta Magna.
- Derecho a la protección de la Familia.
- Derecho a la Identidad.
- Derecho a la filiación.

HE 4. Las condiciones para la aceptación de un contrato por maternidad subrogada serían las siguientes:

- Que fuera la última alternativa para poder procrear.
- Crear un órgano especializado de control en el debido proceso.
- Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo.

2.4. DEFINICION DE TERMINOS

a) La Familia

En sentido amplio la familia es "el conjunto de personas unidas por los vínculos del matrimonio, el parentesco o la afinidad. En sentido restringido, la familia puede ser entendida como el conjunto de personas unidas por el matrimonio o la filiación (marido y mujer, padre e hijos, generalmente solo los menores o incapaces). (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

b) Derecho Constitucional

Rama del Derecho Público que tiene por objeto la organización del Estado y sus poderes, la declaración de los derechos v deberes individuales y colectivos y las instituciones que los garantizan. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

c) Derechos humanos

Hacia 1970 empezó a circular en el lenguaje internacional esta expresión, que en principio parece superflua, por cuanto su contenido no difiere del tradicionalmente designado como derechos de la personalidad o derechos individuales (v.). Tal vez, aunque con escasa conciencia en los más, se quiera aludir al espíritu y a la letra de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (v.), aprobada por las Naciones Unidas en 1948. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

d) Maternidad

Relación paternal que une a la madre con el hijo. La maternidad puede ser legítima, cuando el hijo es concebido en el matrimonio, o ilegítima, cuando es concebido extramatrimonialmente. (V. HIJO; HIJO ILEGÍTIMO y LEGÍTIMO; MADRE y sus especies.) Llámense maternidades los establecimientos públicos o privados en que se presta asistencia a las mujeres parturientas. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

e) Maternidad natural

Vínculo genésico entre mujer no casada, al concebir, y su hijo, engendrado por quien tampoco estaba casado entonces. | Por suposición legal benévola, el de igual carácter entre mujer no casada y su hijo. cuando no consta la cualidad del padre, posiblemente casado, lo que tornaría ilegítima o adulterina la filiación y la maternidad. (OSSORIO, 2000)

f) Filiación

Vínculo existente entre padres e hijos. La *filia**ción*** puede ser ***legítima*** (derivada de matrimonio), ***ilegítima*** (derivada de unión no matrimonial) ***o*** por ***adopción (v.). La filiación ilegítima*** se da tanto en los casos en que no hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, caso en el cual se habla ***de filiación natural,*** como cuando media algún impedimento, sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos ***(filiación adulterina),*** relación de parentesco ***(filiación incestuo***sa) o profesión religiosa ***(filiación sacrílega)*** sin que jurídicamente tengan importancia estas últimas distinciones en aquellos ordenamientos legislativos que se limitan a admitir la distinción en hijos matrimoniales e hijos extramatrimoniales. (OSSORIO, 2000)

g) Identidad

En lo personal, con repercusión en el estado civil y en lo criminalístico, filiación o señas particulares de cada cual. | Parecido o semejanza. (OSSORIO, 2000)

h) Derecho a la Intimidad

El conjunto de principios, preceptos y reglas que regulan la conducta humana, en su interacción con sus semejantes, determinando con ello facultades y obligaciones que corresponden a cada persona, teniendo en cuenta las circunstancias histórico sociales. (OSSORIO, 2000)

i) Derechos humanos

Hacia 1970 empezó a circular en el lenguaje internacional esta expresión, que en principio parece superflua, por cuanto su contenido no difiere del tradicionalmente designado como derechos de la personalidad o derechos individuales (v.). Tal vez, aunque con escasa conciencia en los más, se quiera aludir al espíritu y a la letra de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (v.), aprobada por las Naciones Unidas en 1948. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

j) Dignidad

Calidad de digno. | Excelencia o mérito. | Gravedad, decoro o decencia. | Cargo honorífico. | Empleo o puesto que lleva aneja cierta autoridad. | En Derecho Canónico. v con relación a catedrales y colegiatas, prebenda propia de un oficio honorífico, como el deanato. | Prebenda de una catedral o colegiata. | Arzobispo u obispo. (Osorio, Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales, 1997)

2.5. IDENTIFICACION DE VARIABLES

2.5.1. Variable independiente (VI)

- Maternidad Subrogada.

2.5.2. Variable dependiente (VD)

- Perspectiva de los Derechos Fundamentales.

2.6. DEFINICIÓN OPERATIVA DE VARIABLES E INDICADORES

VARIABLES	DIMENSIÓN	SUB DIMENSIONES	INDICADORES	ESCALA DE VALORES	
VI. **Maternidad Subrogada**	La vida humana y su inicio	Teorías que explican el inicio de la vida humana	Fecundación , anidación, concepción y de la formación de los rudimentos del sistema nervioso central.	SI	NO
		Conceptos relacionados	Embrión, infertilidad, esterilidad y fecundación.	SI	NO
	Las Técnicas de Reproducción Asistida - TRAS	Inseminación artificial	• Heteróloga • Problema: embarazos múltiples	SI	NO
		Fecundación in vitro	• Homóloga • Heteróloga	SI	NO
		Transferencia intratubárica de gametos	• Homóloga • Heteróloga	SI	NO
		Consecuencias positivas de las TRAS	• Logro de un embarazo. • Deseo de convertirse en padres. • Una de las mejores demostraciones del avance de la ciencia. • Pregunta: ¿Están acorde a la ética y las leyes?	SI	NO
			• Manipulación de órganos del cuerpo humano. • Sometimiento excesivo a los eventos preparatorios		

		Consecuencias negativas de la TRAS	para el uso de las técnicas. • Elección del sexo del bebe. • Técnica abortiva.	SI	NO
		Análisis en la Legislación Nacional y Comparada de las TRAS	• Art. 7° de la Ley General de Salud • Proyectos de Ley • Italia y Costa Rica	SI	NO
	Maternidad Subrogada	Modalidades	• Maternidad Tradicional • Maternidad Gestacional	SI	NO
		Maternidades inmersas dentro de la maternidad subrogada	• Maternidad genética • Maternidad de gestación • Maternidad biológica • Madre legal o jurídica • Madre comitente o de deseo	SI	NO
		Argumentos en contra la Maternidad Subrogada	• La maternidad es un proceso natural (desnaturalización) • El valor de intercambio dado por el dinero • Los hijos deben ser queridos por sí mismos (crear un hijo) • Desprenderse de un hijo y de la responsabilidad • Los hijos nacidos bajo estas circunstancias sufrirán consecuencias psicológicas y sociales • Es inmoral traer un niño bajo estas circunstancias • Aprovechamiento de las necesidades económicas • Explotación y manipulación de la mujer	SI	NO
			• Enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo • Enfermedad grave contraída por la gestante		

		Problemáticas que pueden plantearse en tono a la Maternidad Subrogada	que pueda causar severas anomalías al feto • Divorcio o fallecimiento de uno de los miembros o de los dos durante el embarazo • Malformaciones o patologías del recién nacido que desencadenen el rechazo de la pareja comitente • La no entrega del niño o niña por parte de la gestante • Daños psicológicos de la mujer gestante que cede el hijo.	SI	NO
		El contrato de Maternidad Subrogada	• Art. 1351° del Código Civil. • Es un contrato oneroso, innominado, consensual y solemne, bilateral, gratuito, unilateral y conmutativo.	SI	NO
		Efectos de un contrato	• Nulidad • Validez	SI	NO
VD: **Perspectiva de los Derechos**	Derechos Humanos	Titulares de estos derechos	Hombres, mujeres, niños y ancianos.	SI	NO
		Importancia	Finalidad: proteger la vida, libertad, dignidad, igualdad, seguridad, integridad física y la propiedad de cada ser humano.	SI	NO
	Derechos Fundamentales	Naturaleza	Derechos subjetivos Significación objetiva	SI	NO
		Eficacia	La inviolabilidad de los derechos esenciales	SI	NO
		En el orden constitucional - Perú	• La dignidad de la persona humana. • El valor positivo y axiológico de los Derechos fundamentales	SI	NO
	Derecho a la Dignidad Humana	Derecho y Dignidad	• Es un valor, principio o una mera regla de conducta.	SI	NO

Fundamentales			• Presupuesto ontológico.		
		La dignidad como vínculo entre la ética y el derecho	• La dignidad es un don de todo ser humano. • La ética sanciona acciones entorno a valores	SI	NO
	El Derecho a formar una familia	Orden Nacional e Internacional	Artículo 55° de la Constitución (tratados celebrados por el Estado) Declaración de los Derechos Humanos	SI	NO
	Derecho a la protección de la familia	Orden nacional e internacional	• Artículo 23° del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos • Artículo 17° de la convención sobre Derechos Humanos • Artículo 3° de nuestra Constitución.	SI	NO
	Derecho a la Identidad	Como derecho fundamental	• Derecho que tenemos de conocer por quienes hemos sido concebidos. • Es fundamental para el desarrollo de las personas y de las sociedades.	SI	NO
		Derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones familiares (conocer a sus padres)	• Individualización del individuo. • Identidad biológica (nombre de los progenitores)	SI	NO
	El derecho fundamental de la filiación	Importancia	• La procreación. • Tienen incidencia en la familia, sociedad y Estado.	SI	NO
		Determinación de la filiación	Aseveración legal de una realidad biológica, presunta, cierta, creída pero no acreditada.	SI	NO
		Principio por excelencia en cualquier debate.	Patria potestad, tenencia, régimen de visitas alimentos y filiación.	SI	NO

	El Principio Superior del Niño y el Adolescente	Observancia de este principio	Máxima satisfacción, integral y simultanea de los derechos y garantías reconocido a los niños (as)	SI	NO
		El derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.	• Determinación de la filiación. • Cuidado integral de los hijos.	SI	NO

.

CAPITULO III

METODOLOGIA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

Considerando el problema investigado y los objetivos la presente investigación se caracterizó por ser un estudio de ***Tipo Básica o Fundamental***, porque nos llevó a la búsqueda de nuevos conocimientos, a través de la recolección de información bibliográfica, para enriquecer el conocimiento teórico – científico; orientándonos al redescubrimiento de nuevas instituciones jurídicas, toda vez que pretendemos buscar el progreso científico y acrecentar los conocimientos teóricos. (Sampieri, 2014)

3.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Conforme el grado de rigurosidad el nivel de investigación es Descriptivo – Explicativo. Su propósito es describir (medir) el comportamiento de la variable o variables en forma independiente. Es decir, buscan especificar las propiedades, las características de los procesos, objetos o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis. Es decir, pretenden medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos o las variables a las que se refieren. (Sampieri, 2014)

3.3. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.3.1. Método General

En la presente investigación se utilizó el ***método científico***, el cual "es un procedimiento o modo que utiliza la ciencia para lograr el conocimiento (…), también se entiende como la cadena ordenada de pasos basadas en un aparato conceptual determinado de conocimiento desde lo conocido a lo desconocido". (Hermosa, 1998)

3.3.2. Métodos Específicos:

a) ***El método analítico***, es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular. (Mendoza, 2002)

b) ***Método histórico***, es un procedimiento de indagación o recolección de información sistemática que, tuvo como propósito la evaluación de modo objetivo de los hechos pasados del fenómeno jurídico. (Mendoza, 2002)

c) ***Método Inductivo***, con este método se analizan los casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. El objetivo es el descubrimiento de generalizaciones y teorías a partir de observaciones sistemáticas de la realidad. (Mendoza, 2002)

d) Gramatical, Impetra básicamente en el área de aplicación de los métodos interpretativos, sin embargo una interpretación adecuada al presente trabajo no puede ser exclusivamente gramatical, o sea por el

contenido de las palabras sino por deberá ser definido por mas aspectos.

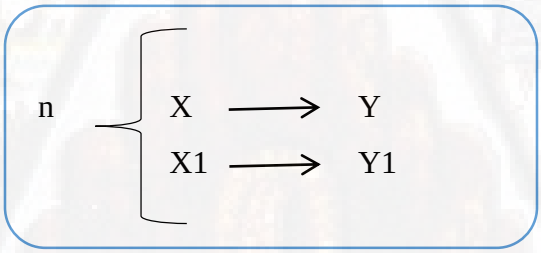
e) Método comparativo, mediante la aplicación del derecho comparado se obtendrá a partir de este método se podrá encontrar actualizaciones, diferencias y similitudes con otras legislaciones.

3.4. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Según: Hernández el diseño, es el plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea.

El diseño de la presente investigación está bajo un diseño ***NO EXPERIMENTAL DE TIPO DESCRIPTIVO***, porque se trabajará sobre realidades de hecho y su característica fundamental es la de representar una interpretación correcta del fenómeno. (Sampieri, 2014)

DONDE:



LEYENDA:

N = Muestra
X, X1 = Causas o variables independientes
Y, Y1 = Efectos o variables dependientes
→ = Relación condicional

3.5. POBLACION, MUESTRA, MUESTREO

3.5.1. Población

- La población de estudio lo conforman, los magistrados especializados en materia de derecho público y privado del Distrito Judicial de Huancavelica.
- El Defensor del Pueblo de la localidad de Huancavelica.
- El Decano del colegio de Abogados de Huancavelica.
- El Decano de la Facultad de Derecho y CCPP – UNH
- El Director de EsSALUD – Huancavelica
- El Director del MINSA – Huancavelica.
- Un médico legal de la localidad de Huancavelica.

3.5.2. Muestra

La muestra fue elegida en forma intencionada, partiendo de criterios básicos.

- Conformada por los magistrados especializados en materia de derecho público y privado del Distrito Judicial de Huancavelica.
- El Defensor del Pueblo de la localidad de Huancavelica.
- El Decano del colegio de Abogados de Huancavelica.
- El Decano de la Facultad de Derecho y CCPP – UNH
- El Director de EsSALUD – Huancavelica
- El Director del MINSA – Huancavelica.
- Un médico legal de la localidad de Huancavelica.

3.5.3. Muestreo

Estará constituido de la siguiente manera:

- 9 magistrados especializados en materia de derecho público y privado, del Distrito Judicial De Huancavelica.

  El Defensor del Pueblo de la localidad de Huancavelica.

- El Decano del colegio de Abogados de Huancavelica.
- El Decano de la Facultad de Derecho y CCPP – UNH
- El Director de EsSALUD – Huancavelica
- El Director del MINSA – Huancavelica.
- Un médico legal de la localidad de Huancavelica.

3.6. TECNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

3.6.1. Técnicas

Una técnica viene a ser un conjunto de recursos y mecanismos especializados que el investigador utiliza para recabar información.

a) ***Investigación bibliográfica***. - consistió en el acopio de la información, para conocer, comprender y manejar el marco teórico conceptual científico de las variables de estudio.

b) ***La técnica de la entrevista.*** - estrategia que sirvió para recolectar datos relacionados con las variables de estudio, suministrados a los sujetos comprometidos con el trabajo de investigación. El instrumento a utilizar será el cuestionario de la entrevista.

c) ***La técnica de la encuesta.*** - como el presente trabajo de investigación es con personas, la información a obtener será a través de la encuesta, que consiste en la aplicación de interrogantes con alternativas de solución que serán respondidas por los magistrados del Distrito Judicial – Fiscal de Huancavelica. El instrumento a utilizar será el cuestionario.

3.7. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE DATOS

En esta etapa de la investigación se explicarán las diversas evaluaciones, valoraciones a las que serán sometidas la información que se adquiera del procedimiento de recolección de datos; teniendo así:

a) Se tabulan y ordenan los datos de acuerdo a un parámetro elaborado en función de los propósitos de la investigación. Para cada variable se elabora un parámetro que consiste en una escala de valoración de los datos recogidos.

b) A base de los datos ordenados se elaboran los cuadros de distribución porcentual, así como los gráficos de la ilustración.

Plan de análisis de datos e interpretación de datos

Se sigue el siguiente plan:

a. Presentación de los cuadros estadísticos y sus gráficos correspondientes.
b. Análisis de los cuadros estadísticos, resaltándose los datos más importantes.
c. Interpretación de los datos que presentan los cuadros de acuerdo al marco teórico que apoya la hipótesis.

3.8. DESCRIPCION DE LA PRUEBA DE HIPOTESIS

Se elaborará una base de datos en hoja de cálculo Microsoft Excel 2013. Para comprobar las hipótesis se empleará el programa SPSS 20.0 para Windows, con el que se realizará un análisis de acuerdo a la naturaleza del estudio.

El criterio estadístico, que también se obtiene de la lectura de los resultados mediante la aplicación del Software SPSS.

Para la confiabilidad del instrumento se utilizó el Alfa de CronBach.

CAPÍTULO IV

PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACIÓN E INTERPRETACIÓN DE DATOS

A continuación, se presentan los resultados de la investigación en base a la información recogida mediante la técnica e instrumento de estudio en datos cuantitativos de análisis descriptivo e inferencial, las que se objetivizan mediante cuadros estadísticos, gráficos y análisis de acuerdo a las hipótesis de la tesis y su relación entre las variables.

VARIABLE: MATERNIDAD SUBROGADA

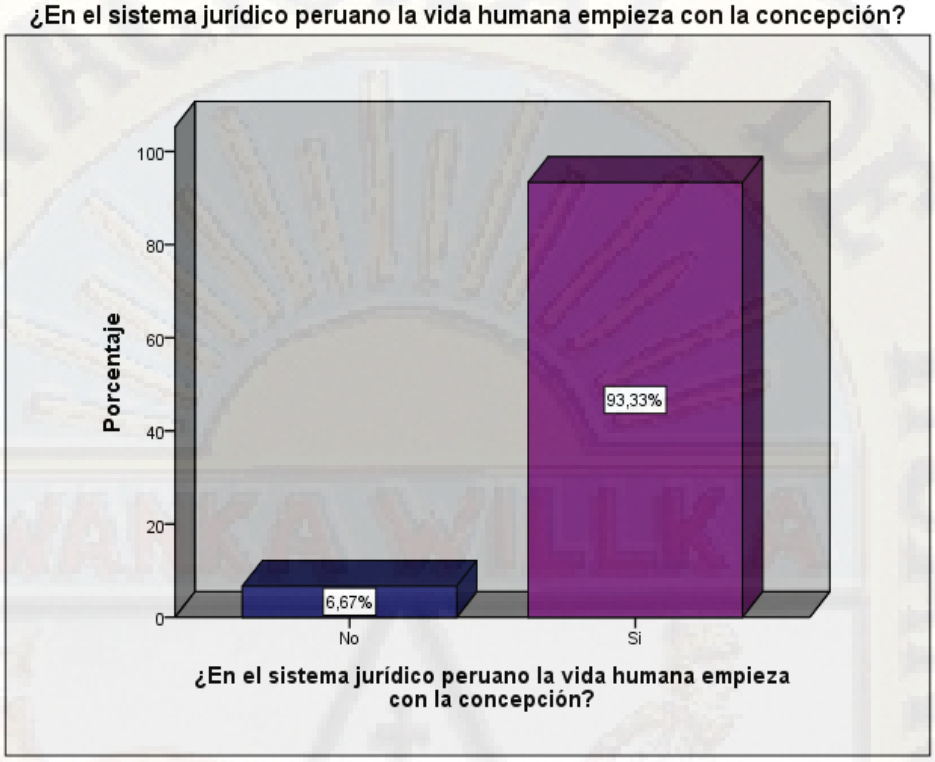
DIMENSION: LA VIDA HUMANA Y SU INICIO

Tabla N° 01 Teorías que explican el inicio de la vida humana

¿En el sistema jurídico peruano la vida humana empieza con la concepción?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

GRÁFICO N° 01



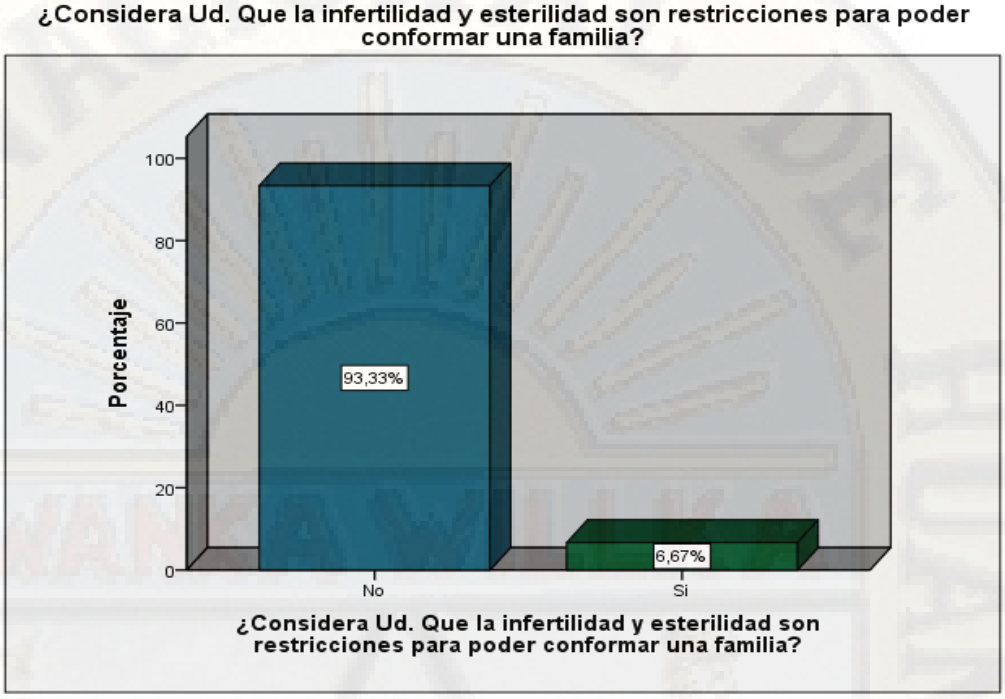
De la tabla N° 01 se puede mencionar que a la pregunta si en el sistema jurídico peruano la vida empieza con la concepción, los encuestados dieron su respuesta en un 6.67% que no, mientras que el 93.33% indico que sí, lo que determina que los encuestados consideran que la vida humana empieza con la concepción y está considerado esto dentro del sistema jurídico peruano.

Tabla N° 02 Conceptos relacionados al inicio de la vida

¿Considera Ud. Que la infertilidad y esterilidad son restricciones para poder conformar una familia?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	14	93,3	93,3	93,3
	Si	1	6,7	6,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

GRÁFICO N° 02



De la tabla N° 02, a la pregunta ¿considera Usted que la infertilidad y esterilidad son restricciones para poder conformar una familia?, los encuestados respondieron en 93.33% que no, mientras que el 6.67% indicó que si, lo que involucra en esta respuesta que existe una apertura de percepción del concepto de familia, ya que esta no se logra solo por los lazos sanguíneos sino por los afectivos

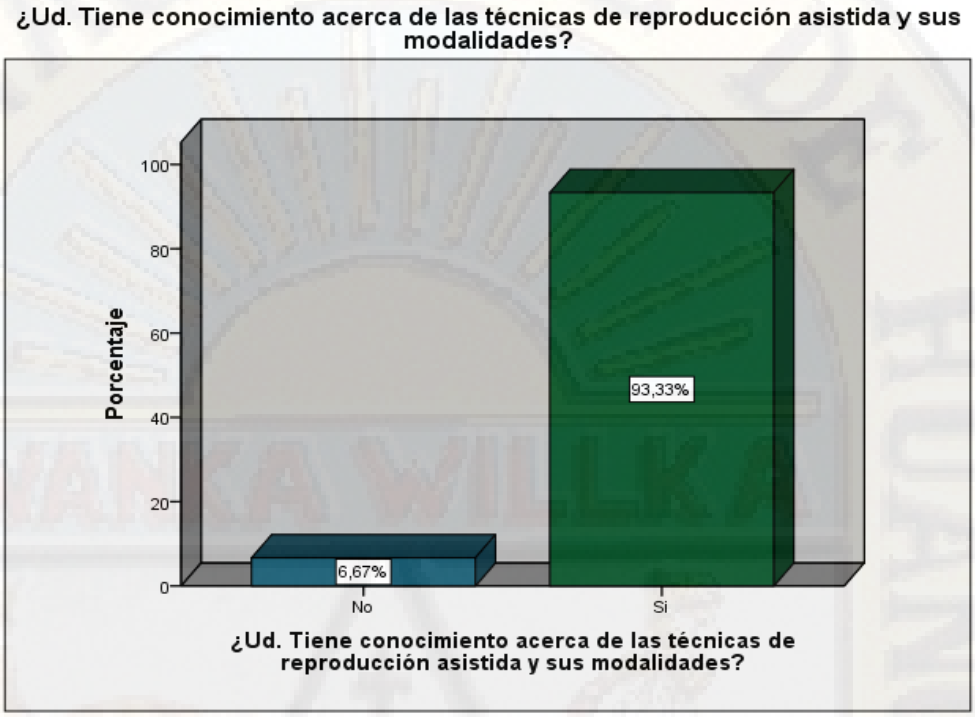
DIMENSION: Las Técnicas de Reproducción Asistida - TRAS

Tabla N° 03: Inseminación artificial

¿Ud. tiene conocimiento acerca de las técnicas de reproducción asistida y sus modalidades?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

GRÁFICO N° 03



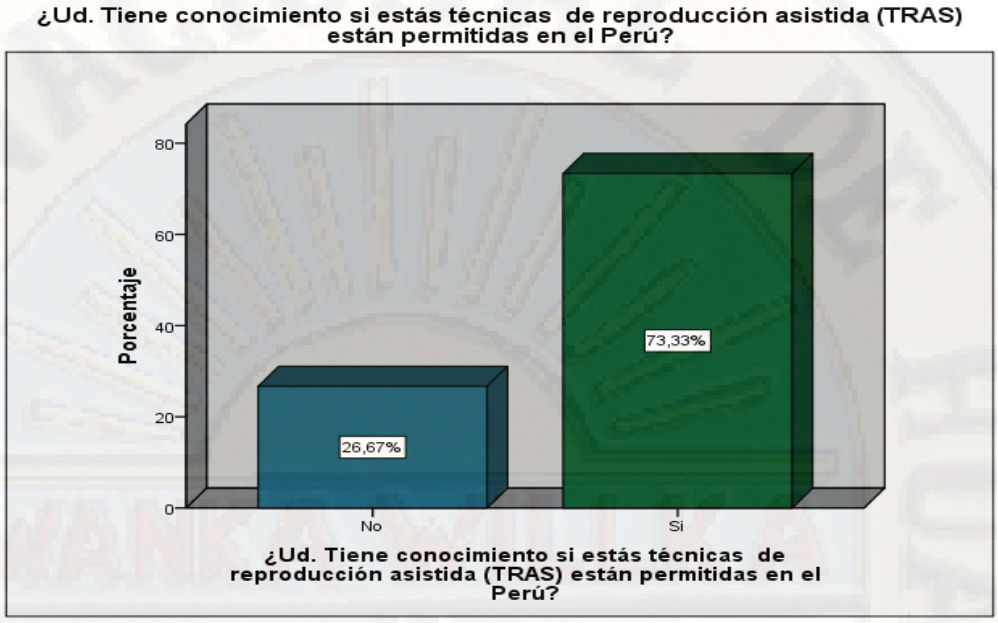
De la tabla N° 03, a que, si los encuestados tienen conocimientos acerca de las técnicas de reproducción asistida y sus modalidades, al respecto el 6.67% indicó que no, mientras que el 93.33% indicó que si, esta respuesta esta ceñida al grado de instrucción de los encuestados y al desarrollo laboral dentro del sistema jurídico, lo que confirma que los encuestados tienen un conocimiento pleno sobre la reproducción asistida y sus modalidades.

Tabla N° 04: Fecundación in vitro

¿Ud. tiene conocimiento si estás técnicas de reproducción asistida (TRAS) están permitidas en el Perú?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

GRÁFICO N° 04



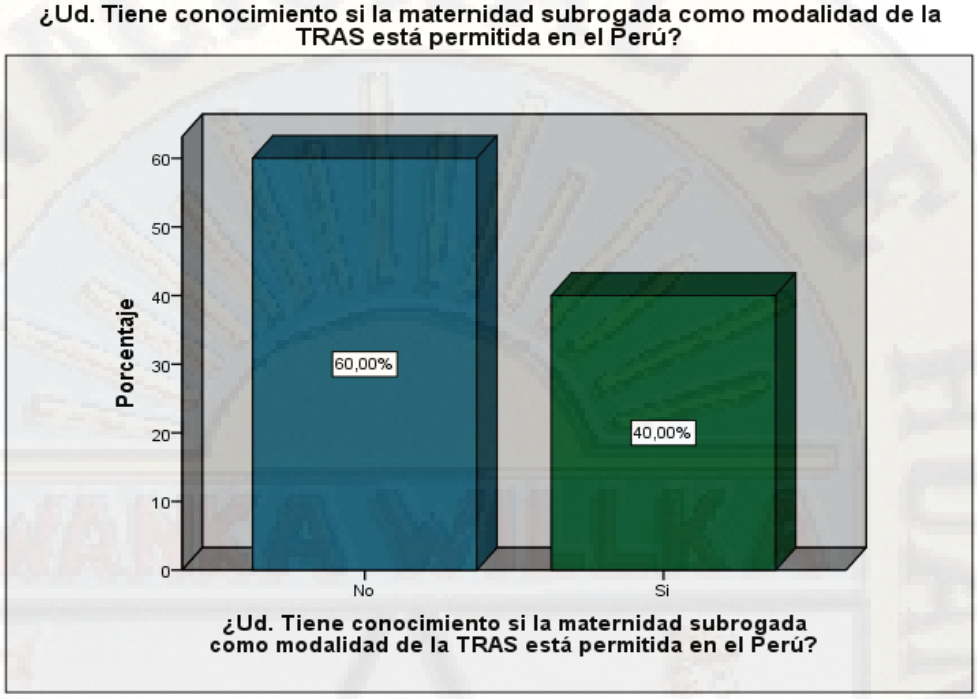
De la tabla N° 04, a la pregunta si los encuestados tienen conocimiento si las técnicas de reproducción asistida (TRAS) están permitidos en el Perú, el 26.67% indicó que no, mientras que el 73.33% indicó que si, lo que nos permite deducir que el incremento de porcentaje de la ausencia de conocimiento sobre el TRAS se debe a la falta de realización de eventos de capacitación debiendo el sistema jurídico realizar eventos sobre este tema.

Tabla N° 05: Transferencia intratubárica de gametos (a)

¿Usted tiene conocimiento si la maternidad subrogada como modalidad de la TRAS está permitida en el Perú?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	9	60,0	60,0	60,0
	Si	6	40,0	40,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

GRÁFICO N° 05



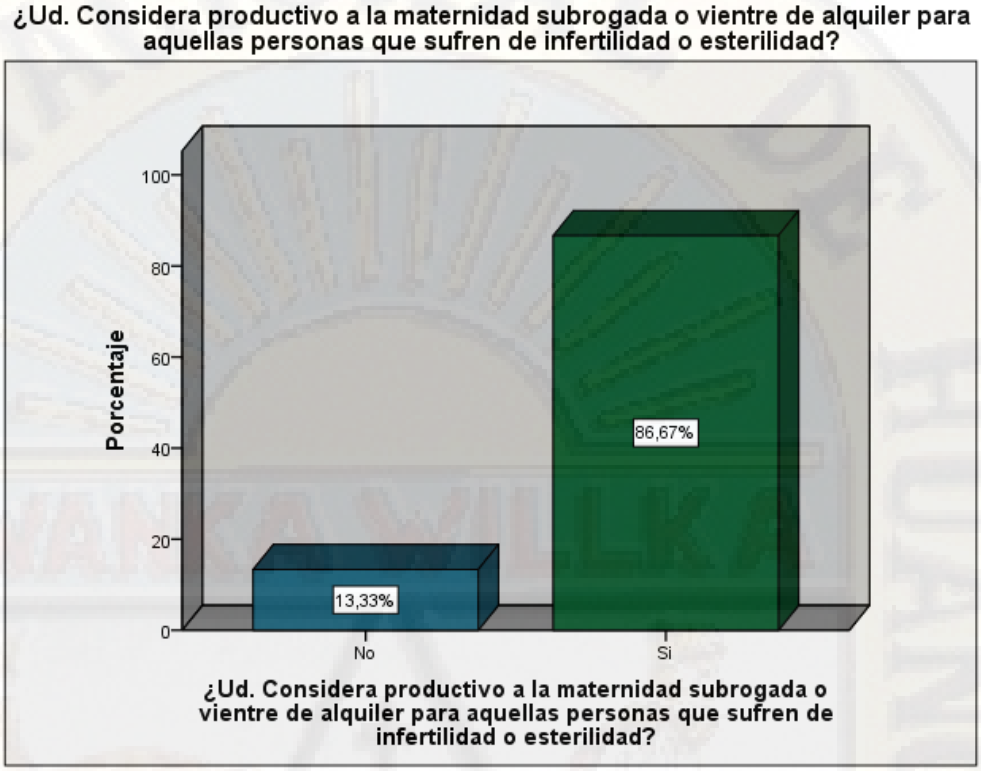
En la tabla N° 05, podemos indicar que los encuestados a la pregunta que, si tienen conocimiento si la maternidad subrogada como modalidad de la TRAS está permitida en el Perú, el 60% indicó que no, mientras que el 40% indicó que si, lo que podemos deducir que más de la mitad de los encuestados aún no tiene conocimientos sobre la maternidad subrogada, lo que implica una deficiencia en el sistema jurídico sobre este tema.

Tabla N° 06: Transferencia intratubárica de gametos (b)

¿Ud. Considera productivo a la maternidad subrogada o vientre de alquiler para aquellas personas que sufren de infertilidad o esterilidad?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	2	13,3	13,3	13,3
	Si	13	86,7	86,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 06



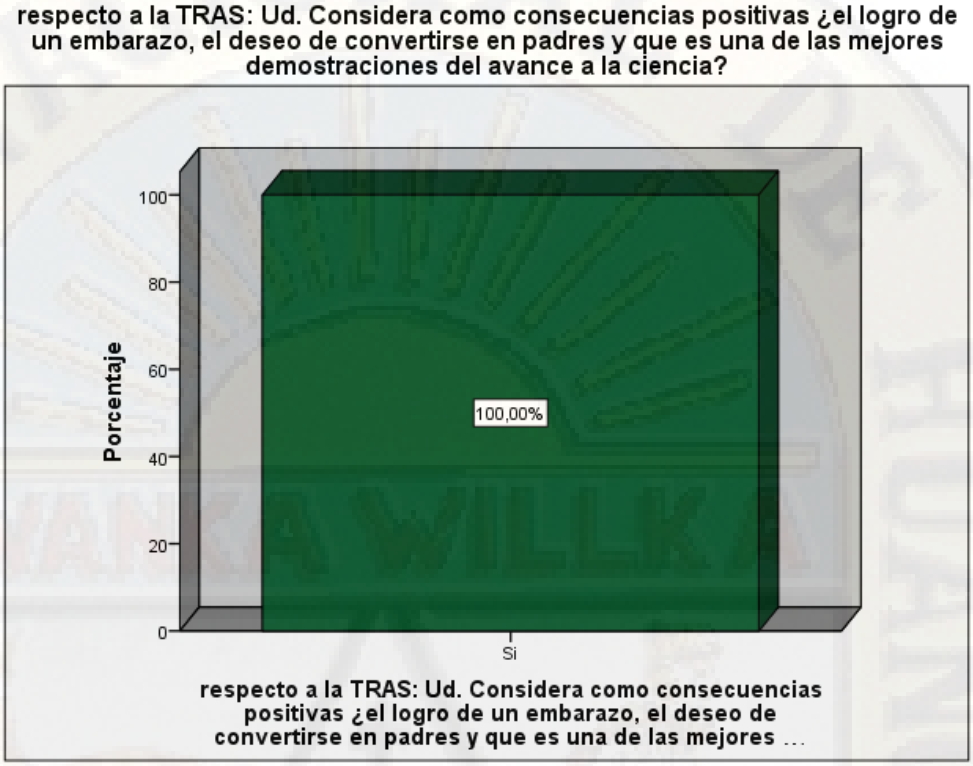
De la tabla N° 06, sobre si los encuestados consideran a la maternidad subrogada o vientre de alquiler para aquellas personas que sufren de infertilidad o esterilidad, los encuestados manifestaron en un 13.33% que no, mientras que el 86.67% indico que si, lo que nos permite deducir que existe una conciencia sobre la naturaleza de la infertilidad o esterilidad, lo que ayuda a la conciencia social, sobre cambios actuales del pensamiento social.

Tabla N° 07: Consecuencias positivas de las TRAS (a)

Respecto a la TRAS: Ud. Considera como consecuencias positivas ¿el logro de un embarazo, el deseo de convertirse en padres y que es una de las mejores demostraciones del avance a la ciencia?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 07



De la tabla N° 07, con respecto a que, si los encuestados consideran como consecuencias positivas el logro de un embarazo, el deseo de convertirse en padres y que es una de las mejores demostraciones del avance de la ciencia, el 100% de los encuestados respondió que sí, lo que reafirma el cuadro anterior, al considerar que el TRAS tiene un aspecto positivo ante los anhelos de las personas que no pueden concebir por infertilidad o esterilidad.

Tabla N° 08: Consecuencias positivas de las TRAS (b)

¿Ud. Considera que las TRAS están acorde a la ética y a las leyes?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 08

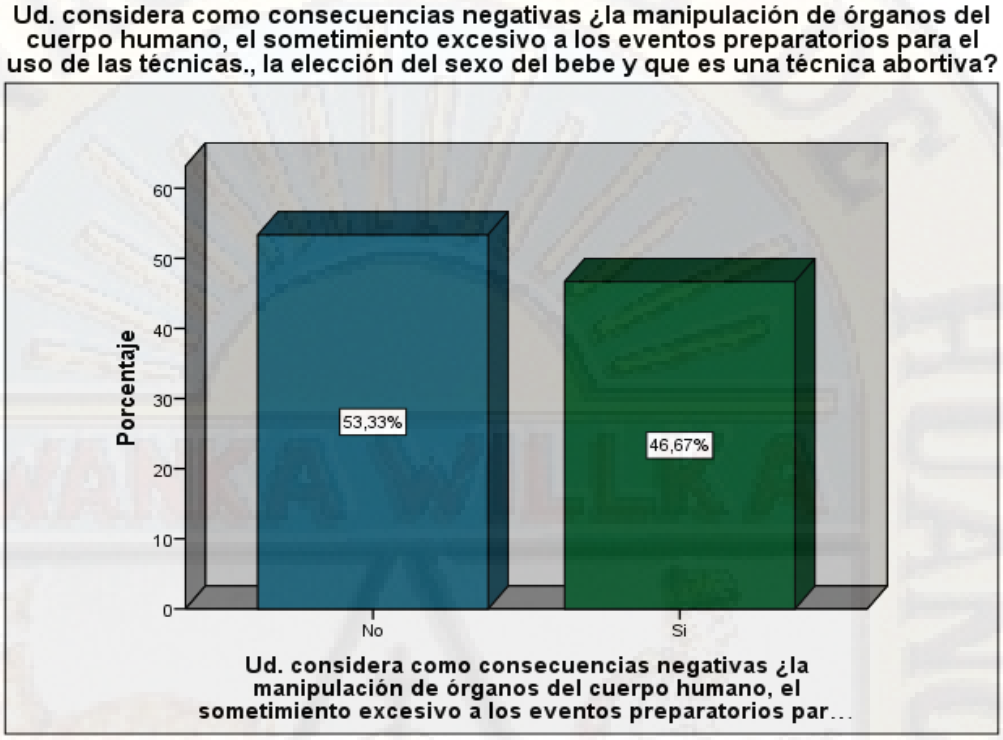
De la tabla N° 08, a la pregunta si considera que la TRAS esta acorde a la ética y a las leyes, los encuestados dieron su respuesta en un 26.67% que no, mientras que el 73.33% respondió que sí, por lo que se puede deducir que existe una percepción positiva del TRAS y que está acorde a la ética y a las leyes.

Tabla N° 09 Consecuencias negativas de la TRAS

Ud. considera como consecuencias negativas ¿la manipulación de órganos del cuerpo humano, el sometimiento excesivo a los eventos preparatorios para el uso de las técnicas., la elección del sexo del bebe y que es una técnica abortiva?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	8	53,3	53,3	53,3
	Si	7	46,7	46,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 09



De la tabla N° 09, a la pregunta que, si se considera como consecuencia negativa la manipulación de órganos del cuerpo humano, el sometimiento excesivo a los eventos preparatorios para el uso de las técnicas, la elección del sexo del bebe y que es una técnica abortiva, el 53.33% dijo que no, mientras que el 46.67% indico que si, lo que refleja que existe una reducida brecha entre las respuestas

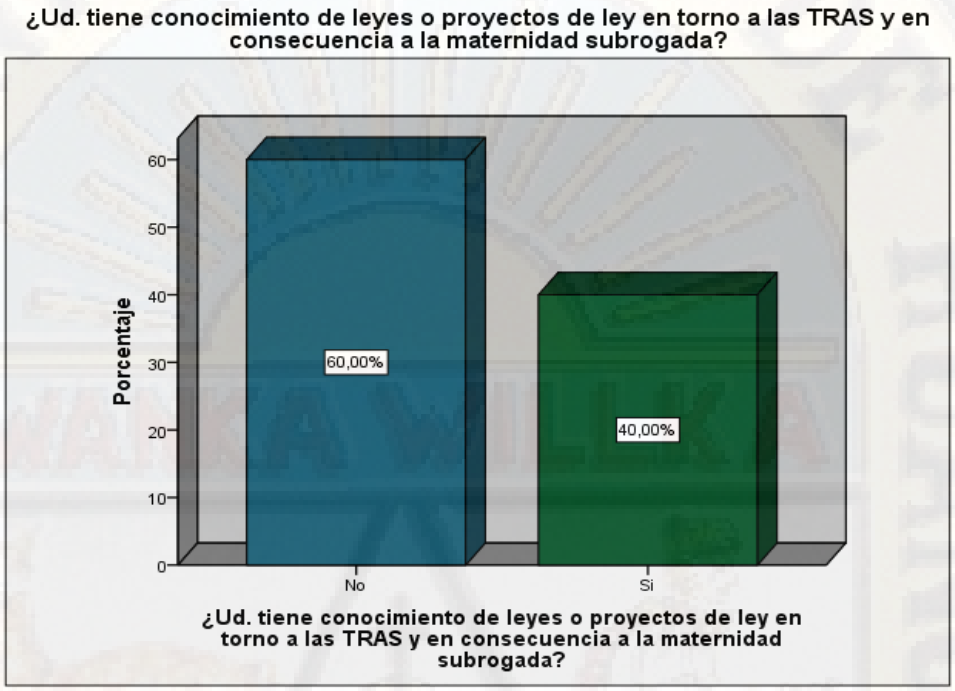
Tabla N° 10 Análisis en la Legislación Nacional y Comparada de las TRAS

(a)

¿Ud. tiene conocimiento de leyes o proyectos de ley en torno a las TRAS y en consecuencia a la maternidad subrogada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	9	60,0	60,0	60,0
	Si	6	40,0	40,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 10



En la tabla N° 10, podemos indicar que a la pregunta que, si se tiene conocimiento de leyes o proyectos de ley en torno al TRAS y en consecuencia a la maternidad subrogada, el 60% dijo que no, mientras que el 40% indicó que si, de la cual se puede deducir que aun existe una brecha que debe reducir el sistema jurídico mediante las capacitaciones a los trabajadores del sistema.

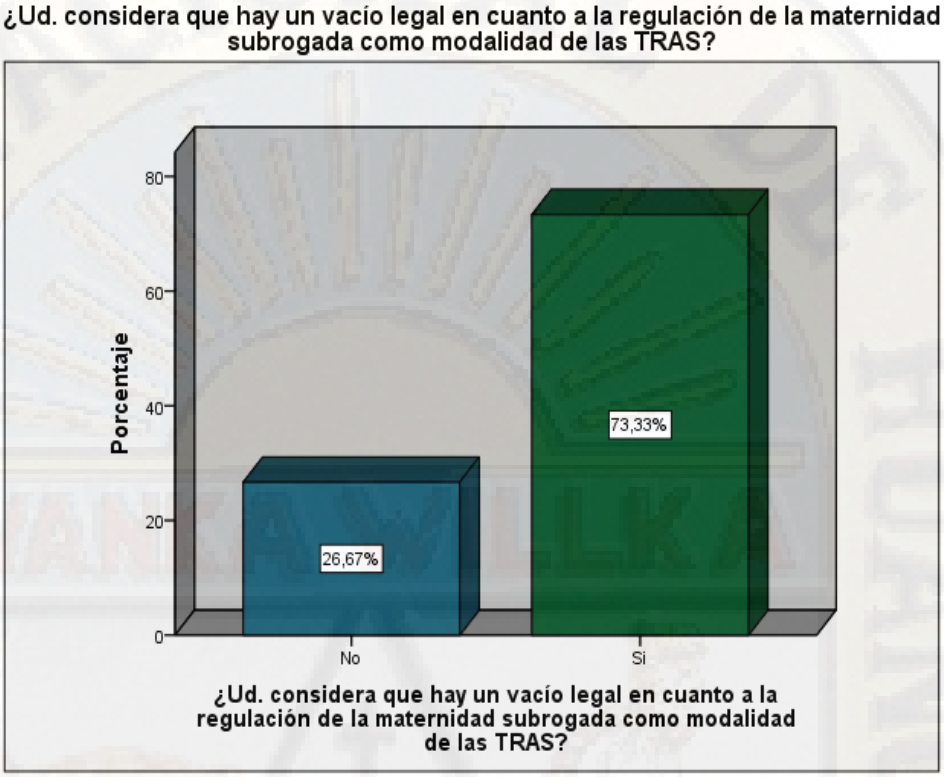
Tabla N° 11 Análisis en la Legislación Nacional y Comparada de las TRAS

(b)

¿Ud. considera que hay un vacío legal en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada como modalidad de las TRAS?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 11



De la tabla N° 11, a la pregunta considera que hay un vacío legal en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada como modalidad de la TRAS, podemos mencionar que el 26.67% menciono que no, mientras que el 73.33% indico que sí, lo que nos determina que para la mayoría de encuestados existe un vacío legal en la regulación de la maternidad subrogada

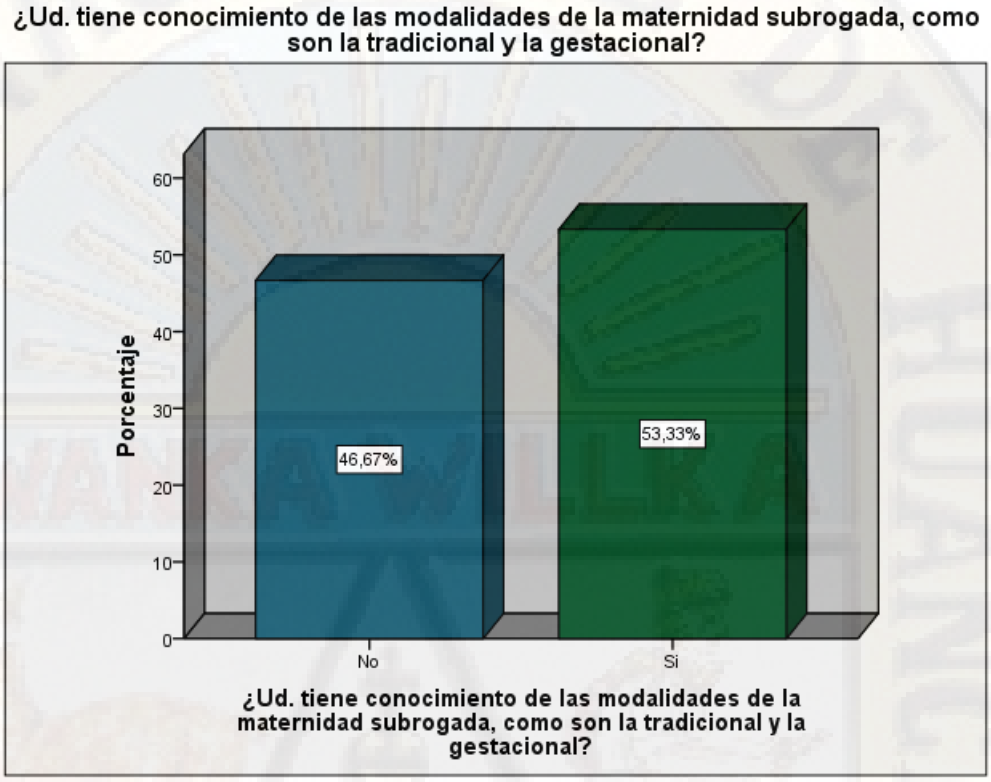
DIMENSION: MATERNIDAD SUBROGADA

Tabla N° 12 Modalidades de la maternidad subrogada

¿Ud. tiene conocimiento de las modalidades de la maternidad subrogada, como son la tradicional y la gestacional?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	7	46,7	46,7	46,7
	Si	8	53,3	53,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 12



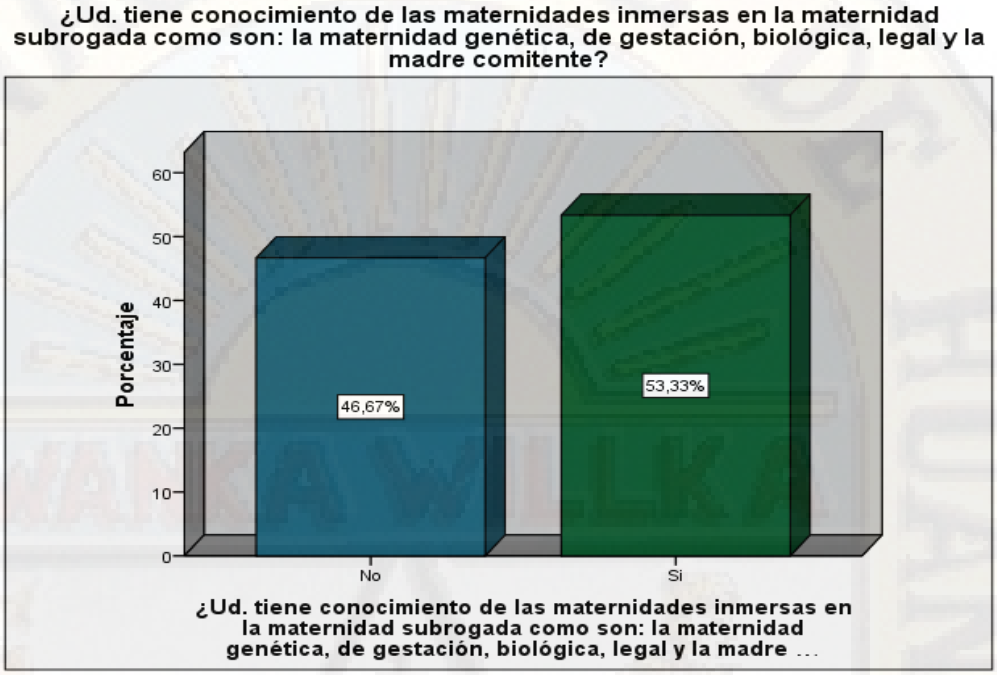
De la tabla N° 12, los encuestados respondieron a la pregunta si tiene conocimiento de las modalidades de la maternidad subrogada, como son la tradicional y la gestacional, el 46.67% indicio que no, mientras que en un 53.33% indico que si, a esto podemos deducir que se necesita realizar eventos de capacitación para sociabilizar los conceptos aludidos, y no quedar con dudas sobre estos hechos.

Tabla N° 13 Maternidades inmersas dentro de la maternidad subrogada

¿Ud. tiene conocimiento de las maternidades inmersas en la maternidad subrogada como son: la maternidad genética, de gestación, biológica, legal y la madre comitente?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	7	46,7	46,7	46,7
	Si	8	53,3	53,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 13



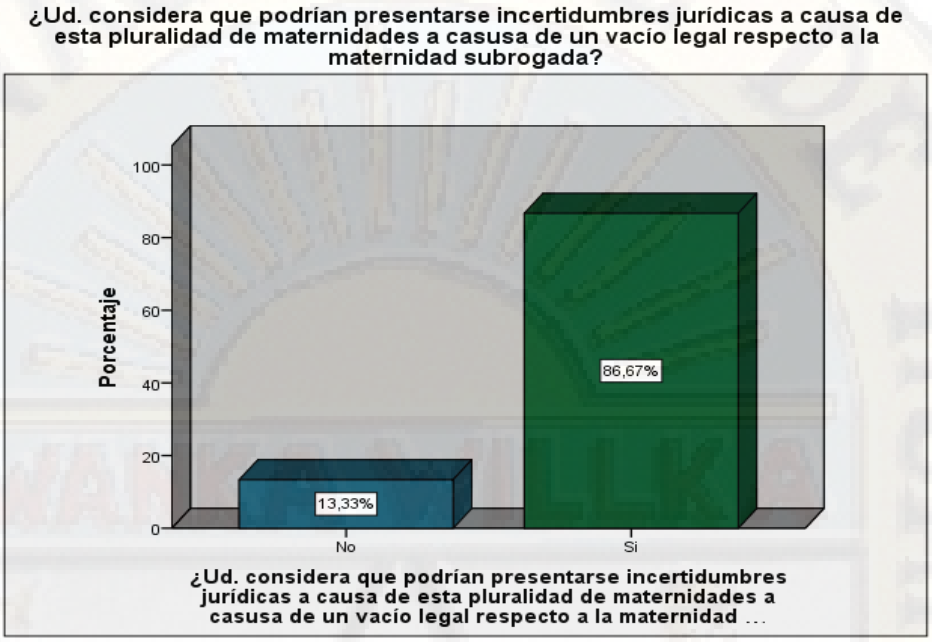
De la tabla N° 13, a la pregunta si tiene conocimiento de las maternidades inmersas en la maternidad subrogada como son: la maternidad genética, de gestación, biológica, legal y la madre comitente, el 46.67% indicó que no, mientras que el 53.33% indicó que si, aun cuando existe un conocimiento de lo indicado por una mayoría de personas la brecha con el desconocimiento es muy pequeña, reafirmando los datos de los anteriores cuadros, necesitándose mejorar con la capacitación al personal.

Tabla N° 14 Argumentos en contra la Maternidad Subrogada (a)

¿Ud. considera que podrían presentarse incertidumbres jurídicas a causa de esta pluralidad de maternidades a casusa de un vacío legal respecto a la maternidad subrogada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	2	13,3	13,3	13,3
	Si	13	86,7	86,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 14



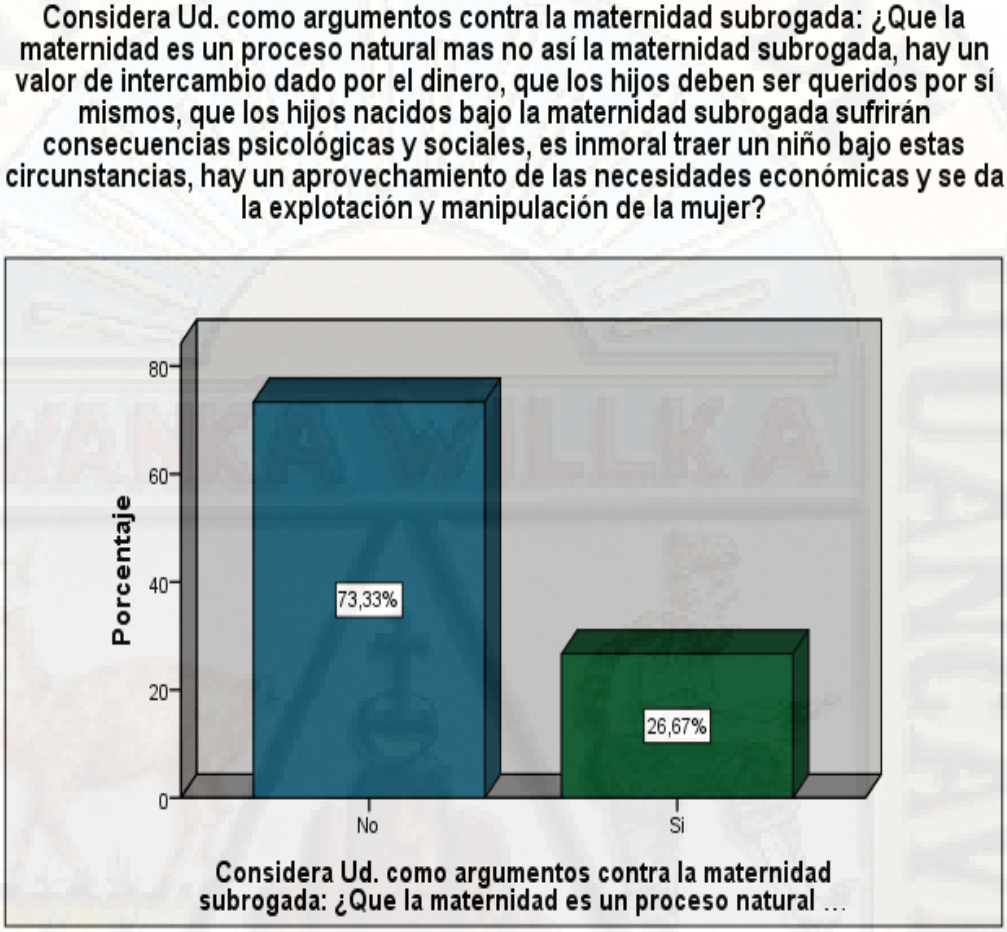
De la tabla N° 14, a la pregunta si considera que podrían presentarse incertidumbres jurídicas a causa de esta pluralidad de maternidades a causa de un vacío legal respecto a la maternidad subrogada, el 13.33% menciono como respuesta que no, mientras que un 86.67% indicó que si, lo que reafirma lo expuesta en las preguntas anteriores, siendo comprensible que este tema sea desarrollado a través de eventos académicos.

Tabla N° 15 Argumentos en contra la Maternidad Subrogada (b)

Considera Ud. como argumentos contra la maternidad subrogada: ¿Que la maternidad es un proceso natural mas no así la maternidad subrogada, hay un valor de intercambio dado por el dinero, que los hijos deben ser queridos por sí mismos, que los hijos nacidos bajo la maternidad subrogada sufrirán consecuencias psicológicas y sociales, es inmoral traer un niño bajo estas circunstancias, hay un aprovechamiento de las necesidades económicas y se da la explotación y manipulación de la mujer?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	11	73,3	73,3	73,3
	Si	4	26,7	26,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N°15



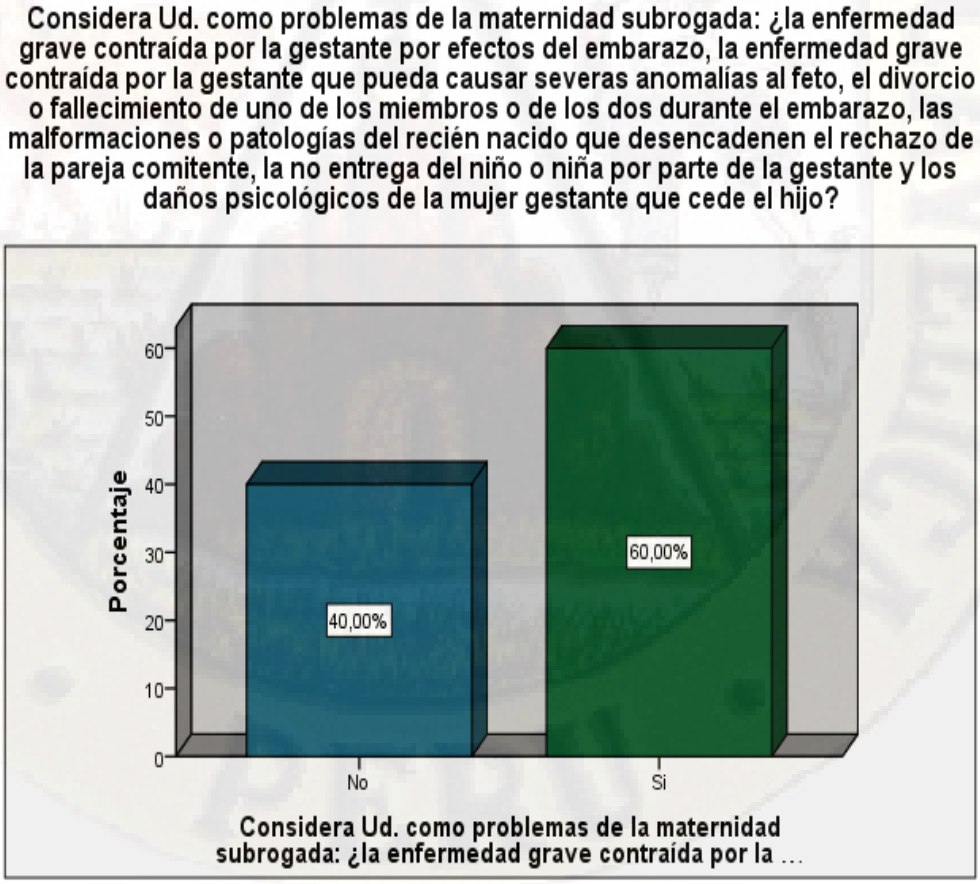
De la tabla 15, a la pregunta si considera como argumentos contra la maternidad subrogada: ¿Que la maternidad es un proceso natural mas no así la maternidad subrogada, hay un valor de intercambio dado por el dinero, que los hijos deben ser queridos por sí mismos, que los hijos nacidos bajo la maternidad subrogada sufrirán consecuencias psicológicas y sociales, es inmoral traer un niño bajo estas circunstancias, hay un aprovechamiento de las necesidades económicas y se da la explotación y manipulación de la mujer?, la respuestas fueron en 73.33% que no, mientras que el 26.67 indico que sí, evidenciándose una adecuada opinión de la maternidad subrogada

Tabla N° 16 Problemáticas que pueden plantearse en tono a la Maternidad Subrogada

Considera Ud. como problemas de la maternidad subrogada: ¿la enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo, la enfermedad grave contraída por la gestante que pueda causar severas anomalías al feto, el divorcio o fallecimiento de uno de los miembros o de los dos durante el embarazo, las malformaciones o patologías del recién nacido que desencadenen el rechazo de la pareja comitente, la no entrega del niño o niña por parte de la gestante y los daños psicológicos de la mujer gestante que cede el hijo?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	6	40,0	40,0	40,0
	Si	9	60,0	60,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 16



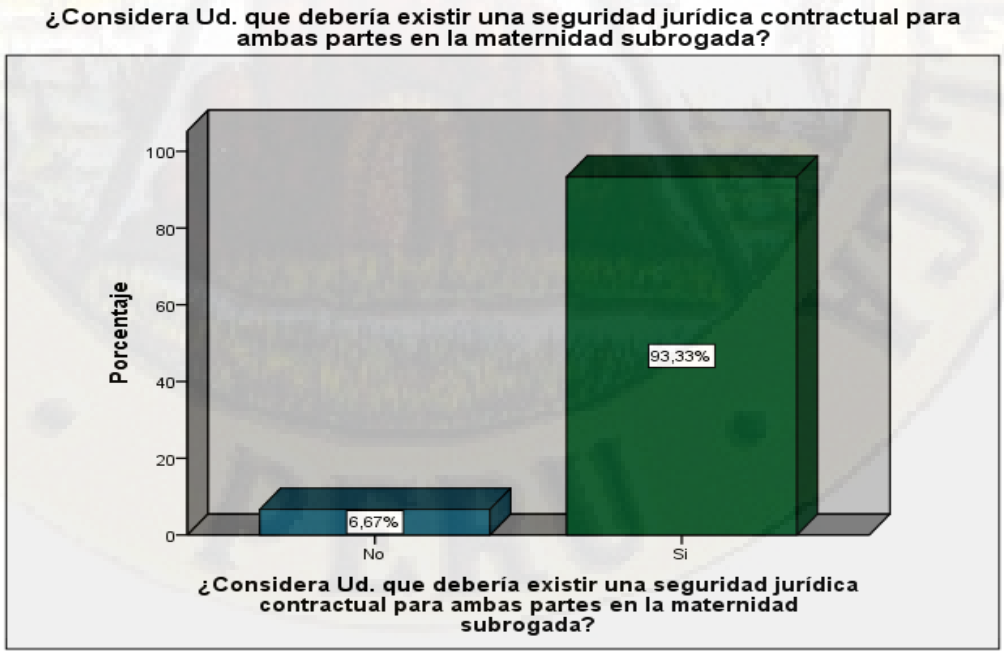
De la tabla N° 16, a la pregunta si considera como problema de la maternidad subrogada: ¿la enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo, la enfermedad grave contraída por la gestante que pueda causar severas anomalías al feto, el divorcio o fallecimiento de uno de los miembros o de los dos durante el embarazo, las malformaciones o patologías del recién nacido que desencadenen el rechazo de la pareja comitente, la no entrega del niño o niña por parte de la gestante y los daños psicológicos de la mujer gestante que cede el hijo?, el 40% indico que no, mientras que el 60% indico que si, existiendo una pequeña brecha entre las respuestas pero considerándolo la mayoría como un problema.

Tabla N° 17 El contrato de Maternidad Subrogada (a)

¿Considera Ud. que debería existir una seguridad jurídica contractual para ambas partes en la maternidad subrogada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 17



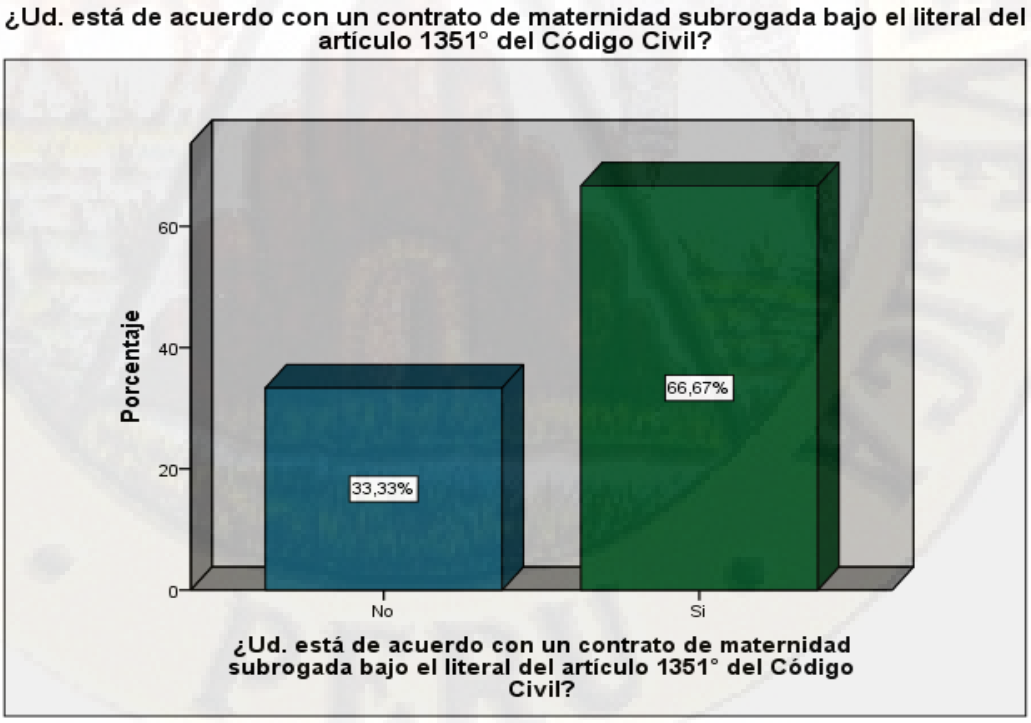
De la tabla N° 17, a la pregunta si considera que debería existir una seguridad jurídica contractual para ambas partes en la maternidad subrogada, el 6.67% indicó que no, mientras que el 93.33% indicó que si, siendo que casi la totalidad de los encuestados consideran que debe existir una seguridad jurídica a las partes intervinientes en la maternidad subrogada.

Tabla N° 18 El contrato de Maternidad Subrogada (b)

¿Ud. está de acuerdo con un contrato de maternidad subrogada bajo el literal del artículo 1351° del Código Civil?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	5	33,3	33,3	33,3
	Si	10	66,7	66,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 18



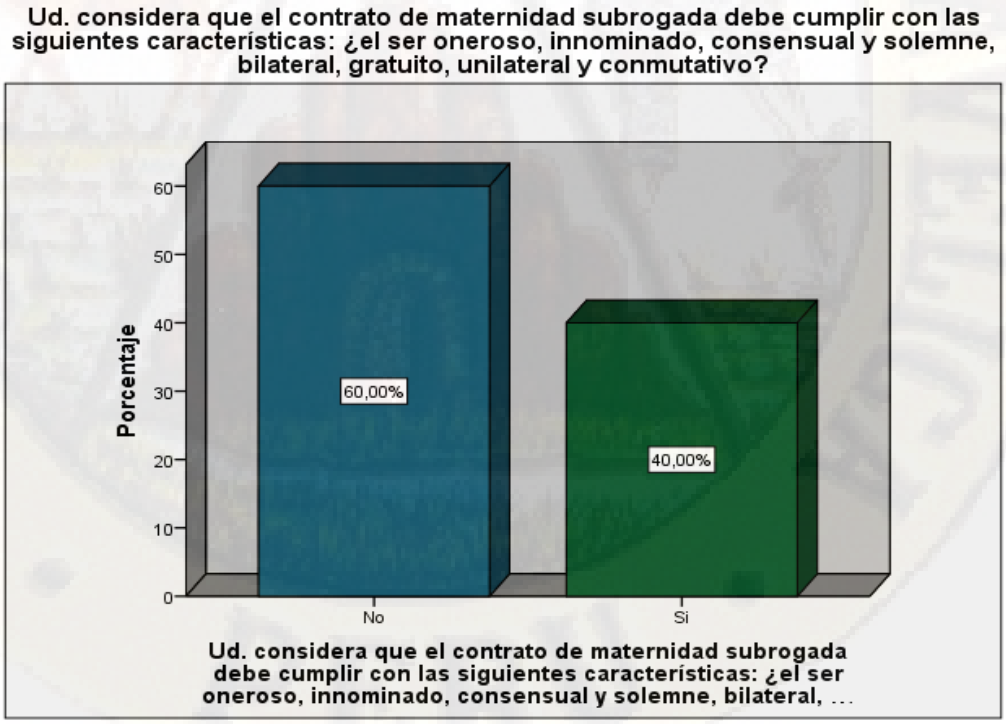
De la tabla N° 18, a la pregunta si está de acuerdo con un contrato de maternidad subrogada bajo el literal del artículo 1351° del Código Civil, el 33.33% indicó que no, mientras que el 66.67% indico que sí, lo que manifiesta estas respuestas es que para los encuestados debe haber un contrato de maternidad subrogada al amparo del artículo 1351° del Código Civil.

Tabla N° 19 El contrato de Maternidad Subrogada (c)

Ud. considera que el contrato de maternidad subrogada debe cumplir con las siguientes características: ¿el ser oneroso, innominado, consensual y solemne, bilateral, gratuito, unilateral y conmutativo?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	9	60,0	60,0	60,0
	Si	6	40,0	40,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 19



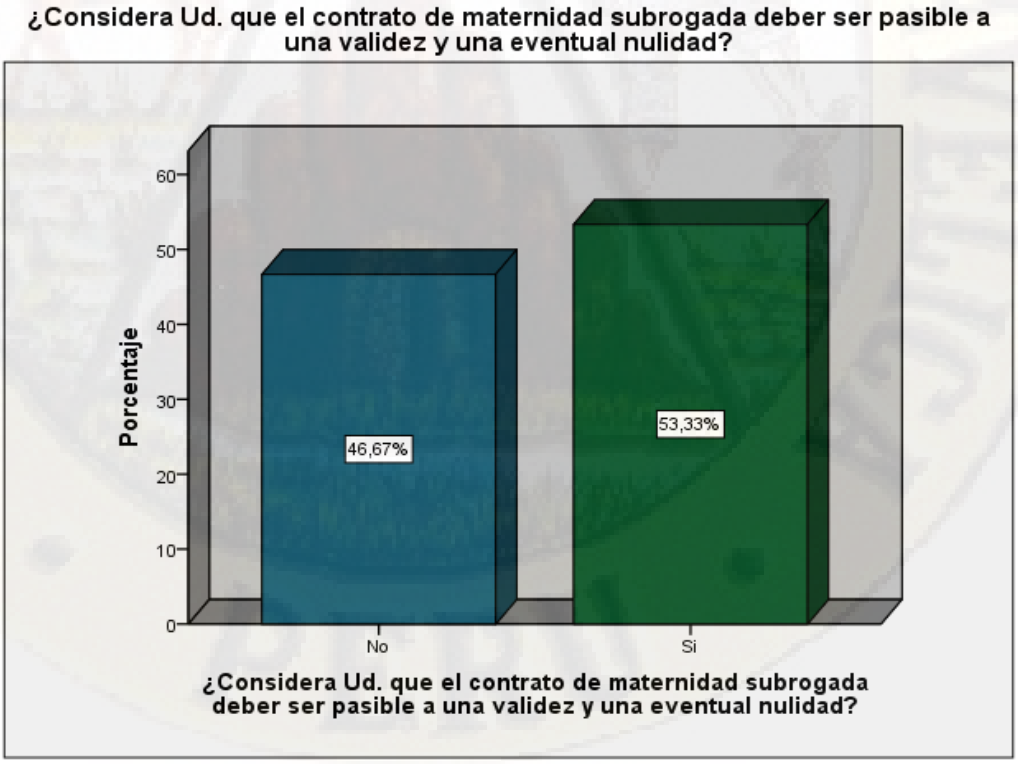
De la tabla N° 19, a la pregunta si considera que el contrato de maternidad subrogada debe cumplir con las siguientes características: el ser oneroso, innominado, consensual y solemne, bilateral, gratuito, unilateral y conmutativo, el 60% respondió que no, mientras que el 40% indico que si, existiendo una reducida brecha entre las respuestas, siendo de mayor cantidad que no debe tener el contrato de maternidad subrogada las características especificadas en la pregunta.

Tabla N° 20: Efectos de un contrato (a)

¿Considera Ud. que el contrato de maternidad subrogada deber ser pasible a una validez y una eventual nulidad?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	7	46,7	46,7	46,7
	Si	8	53,3	53,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 20



De la tabla N° 20, a la pregunta si se considera que el contrato de maternidad subrogada debe ser pasible a una validez y una eventual nulidad el 46.67% de los encuestados respondió que no, mientras que el 53.33% indico que sí, aun cuando la tendencia de respuesta ha sido afirmativa, la brecha aun es pequeña entre las respuestas, debiendo realizarse mayor discusión al respecto mediante foros u otros.

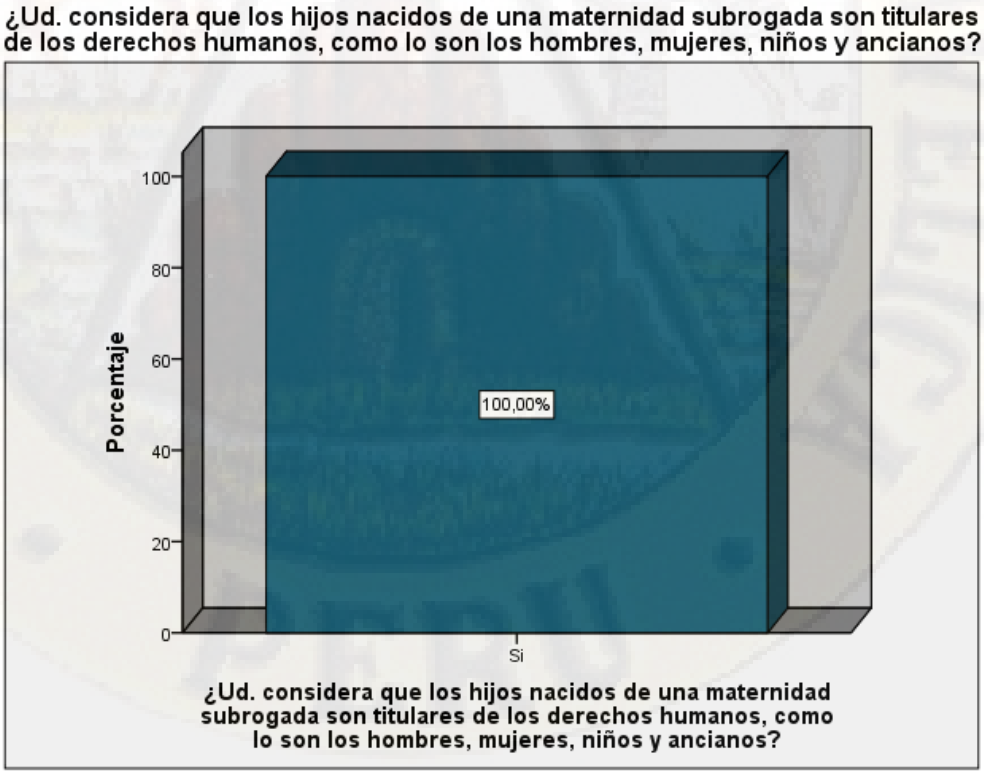
VARIABLE: PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
DIMENSIÓN: DERECHOS HUMANOS

Tabla N° 21: Titulares De Derechos Humanos

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son titulares de los derechos humanos, como lo son los hombres, mujeres, niños y ancianos?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 21



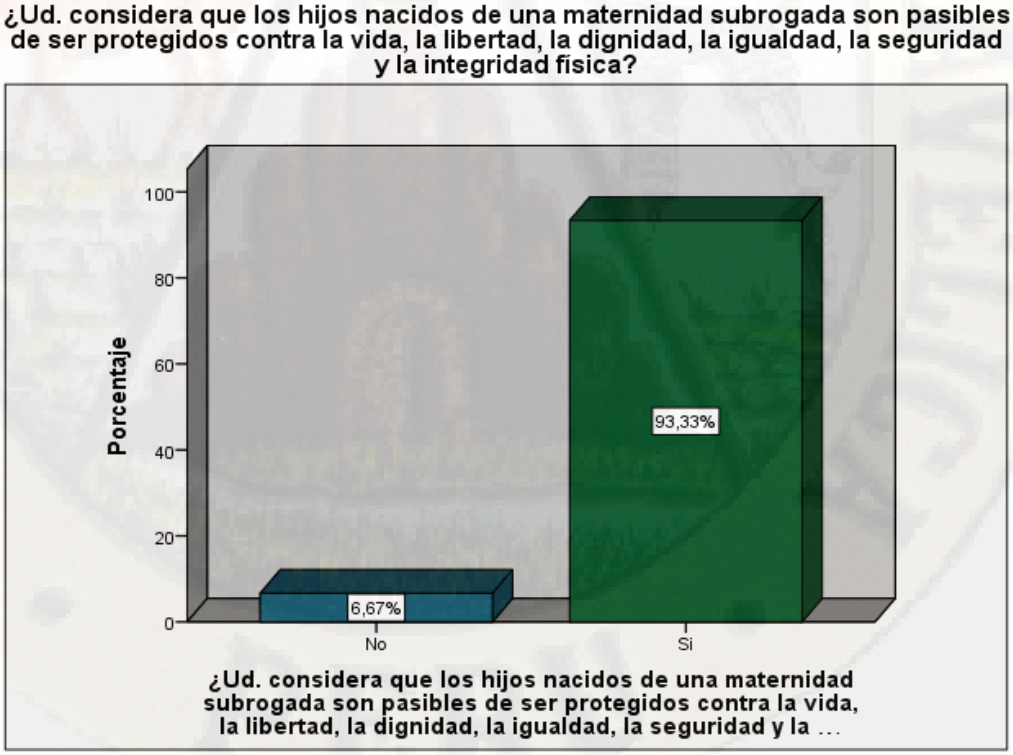
De la tabla N° 21, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son titulares de los derechos humanos, como los son los hombres, mujeres, niños y ancianos, las respuestas fueron en un 100% que si, de lo que se puede deducir categóricamente que todo ser humano tiene sus derechos, sin importar su forma de nacimiento.

Tabla N° 22: Importancia de los derechos humanos

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son pasibles de ser protegidos contra la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad y la integridad física?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N°22



De la tabla N° 22, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son pasibles de ser protegidos contra la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad y la integridad física, el 6.67% indica que no, mientras que el 93.33% indico que sí, estos reafirman las respuestas del cuadro anterior, y que en cuanto a los derechos estos son protegidos por el sistema jurídico.

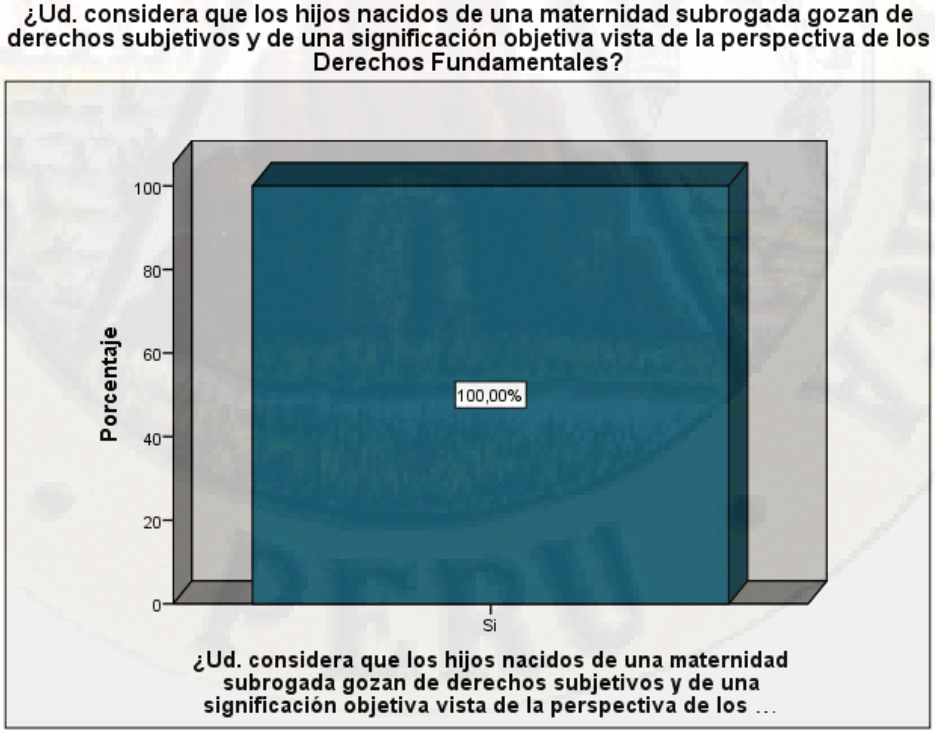
DIMENSIÓN: DERECHOS FUNDAMENTALES

Tabla N° 23: Naturaleza de los derechos fundamentales

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de derechos subjetivos y de una significación objetiva vista de la perspectiva de los Derechos Fundamentales?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 23



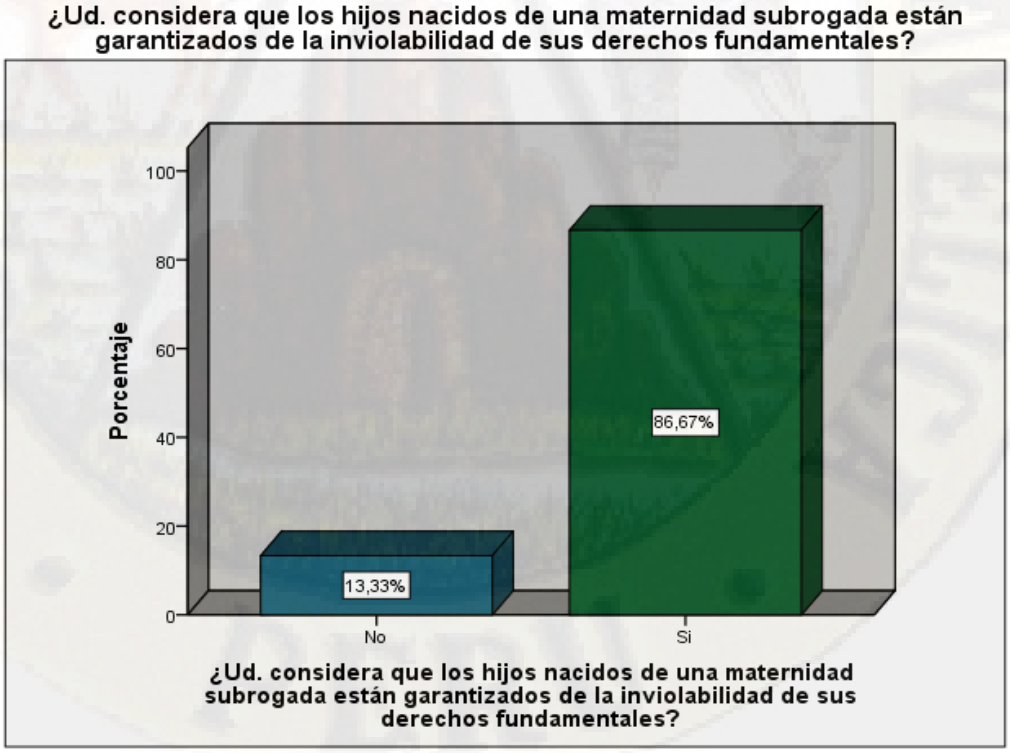
De la tabla N° 23, a la pregunta que, si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de derechos subjetivos y de una significación objetiva vista de la perspectiva de los Derechos Fundamentales, al igual que en las respuestas anteriores esta es de manera categórica que el 100% de encuestados piensan que sí.

Tabla N° 24: eficacia de los derechos fundamentales

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están garantizados de la inviolabilidad de sus derechos fundamentales?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	2	13,3	13,3	13,3
	Si	13	86,7	86,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 24



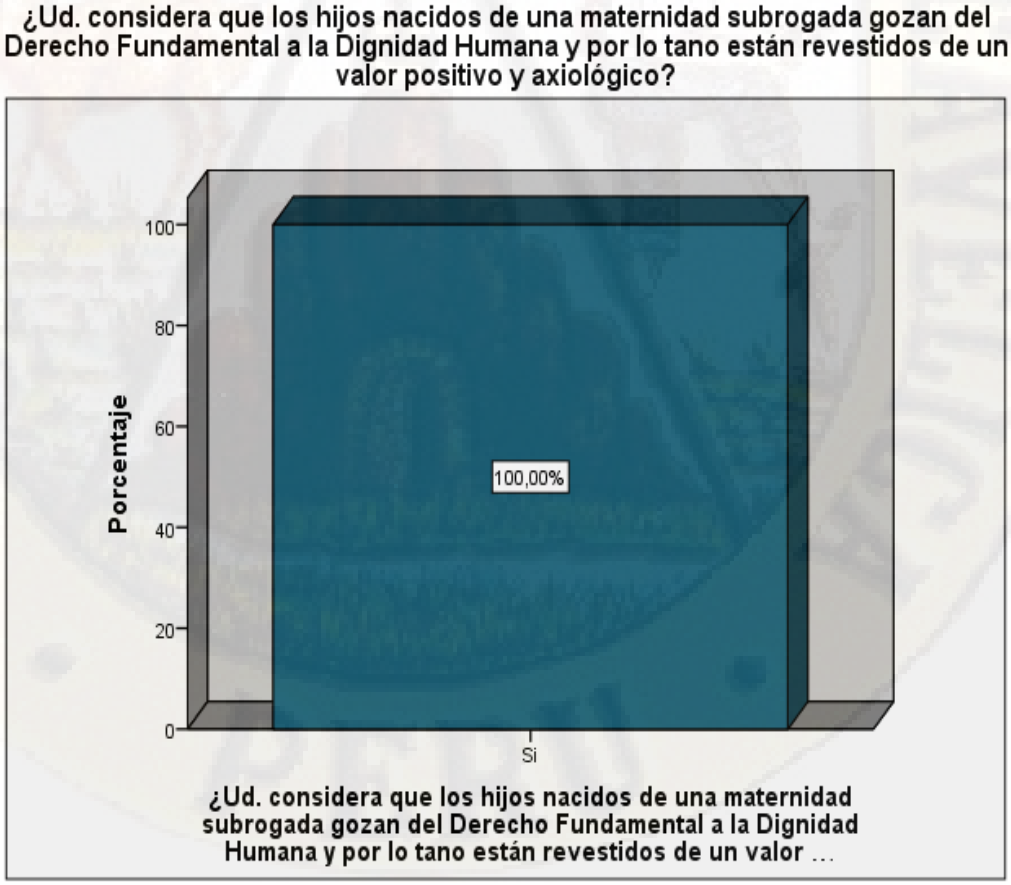
De la tabla N° 24, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están garantizados de la inviolabilidad de sus derechos fundamentales, el 13.33% indico que no, esto debido a los casos surgidos en este tiempo, mientras que el 86.67% indico que si, por lo que se puede deducir de los encuestados y administradores de justicia, consideran una inviolabilidad de los derechos fundamentales de los hijos nacidos de una maternidad subrogada.

Tabla N° 25: En el orden constitucional - Perú

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan del Derecho Fundamental a la Dignidad Humana y por lo tano están revestidos de un valor positivo y axiológico?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 25



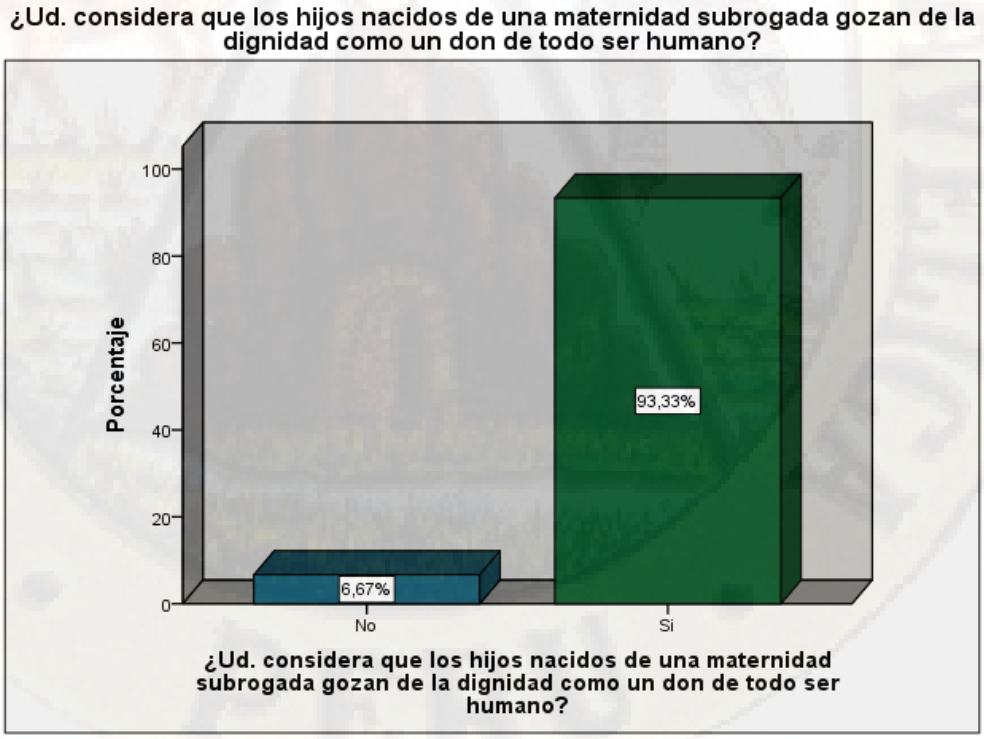
De la tabla N° 25, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan del Derecho Fundamental a la Dignidad Humana y por lo tano están revestidos de un valor positivo y axiológico, en un 100% las respuestas fueron que sí, lo que manifiesta un único pensamiento de los administradores de justicia al respecto.

Tabla N° 26: Derecho y Dignidad

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de la dignidad como un don de todo ser humano?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 26



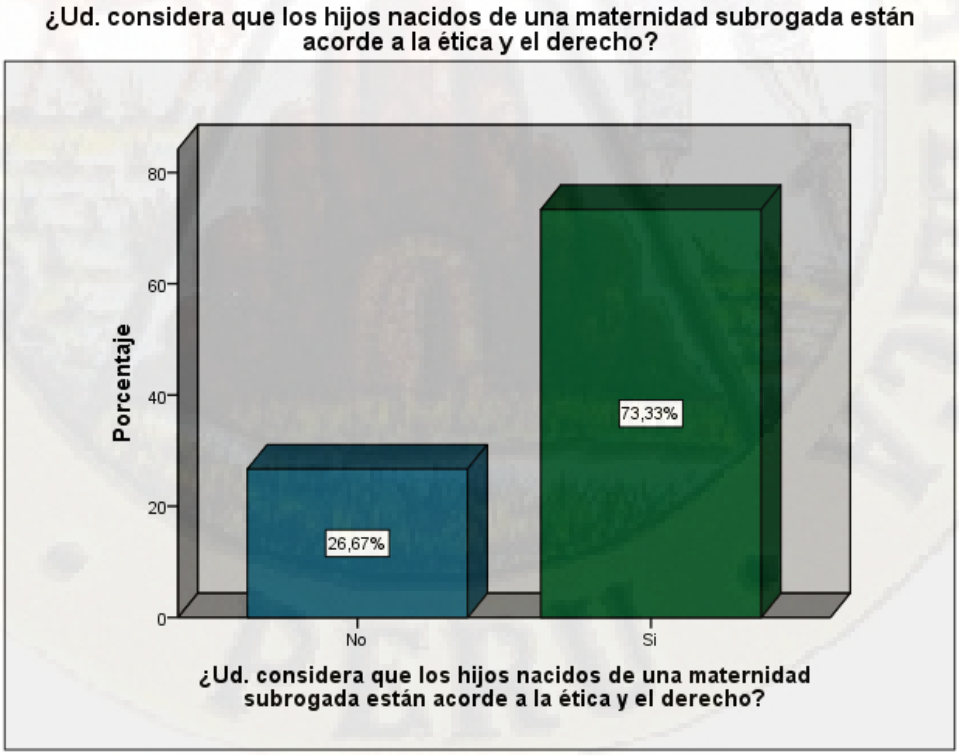
De la tabla N° 26, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de la dignidad como un don de todo ser humano, el 6.67% dijo que no, mientras que el 93,33% indico que sí, deduciéndose que la mayoría de encuestados consideran que para el caso los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de la dignidad como un don de todo ser humano.

Tabla N° 27: La dignidad como vínculo entre la ética y el derecho

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están acorde a la ética y el derecho?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 27



De la tabla N° 27, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están acorde a la ética y el derecho, el 26.67% manifestó en sus respuestas que no, mientras que el 73.33% manifestó en sus respuestas que sí, lo que nos manifiesta que la mayoría considera que esta acorde a la ética y al derecho

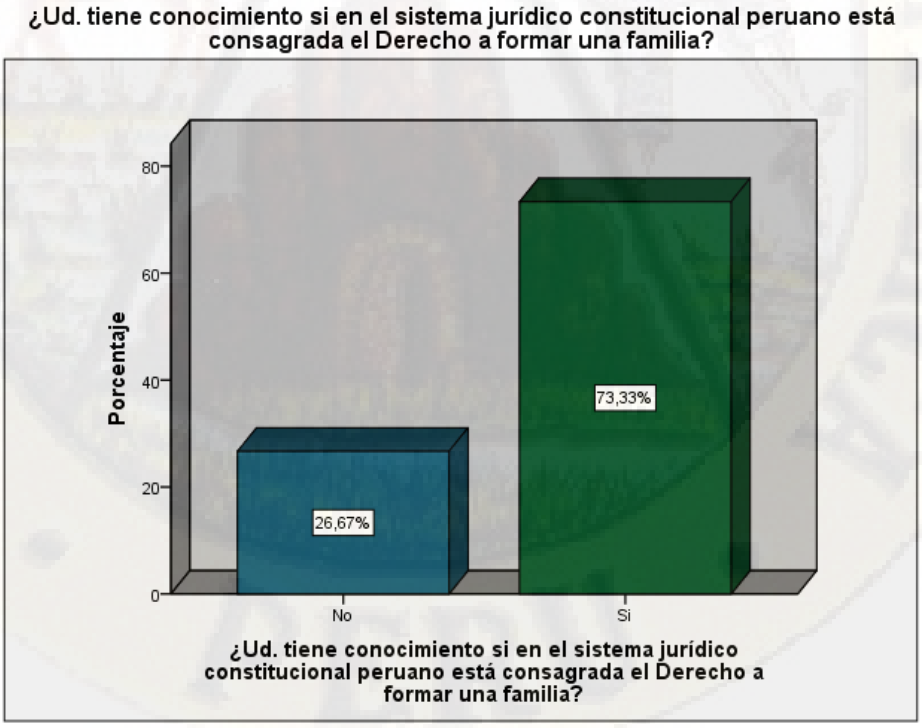
DIMENSIÓN: El Derecho a formar una familia

Tabla N° 28: Orden Nacional e Internacional

¿Ud. tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a formar una familia?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N°28



De la tabla N° 28, a la pregunta si se tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el derecho a formar familia, los encuestados respondieron en un 26.67% que no, mientras que el 73.33% respondió que, si lo que indica que la mayoría de los administradores de justicia, considera que esta establecido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a formar familia.

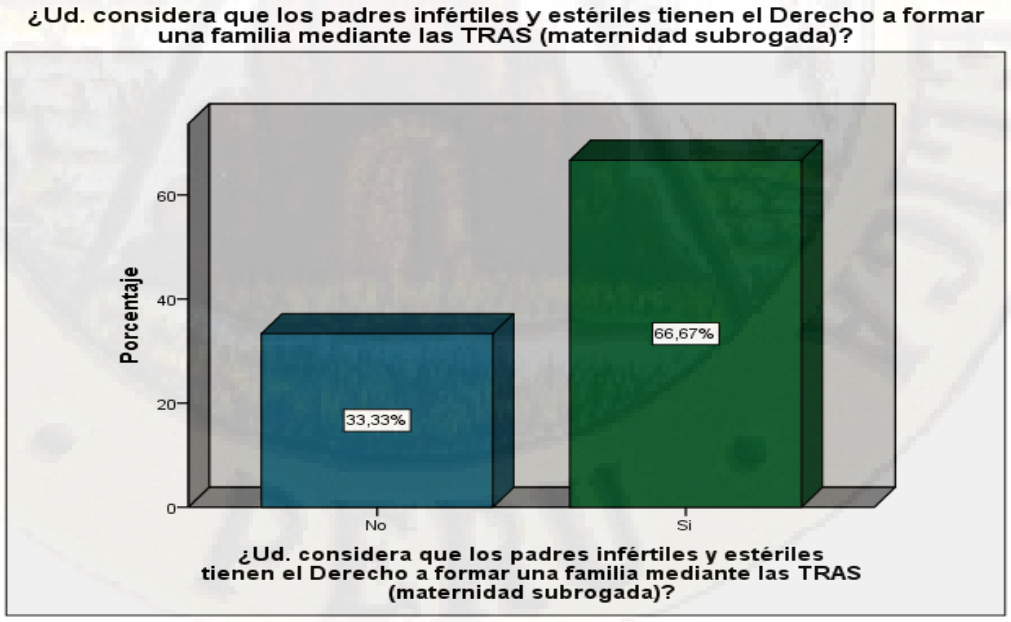
DIMENSIÓN: Derecho a la protección de la familia

Tabla N° 29: Orden Nacional e Internacional (a)

¿Ud. considera que los padres infértiles y estériles tienen el Derecho a formar una familia mediante las TRAS (maternidad subrogada)?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	5	33,3	33,3	33,3
	Si	10	66,7	66,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 29



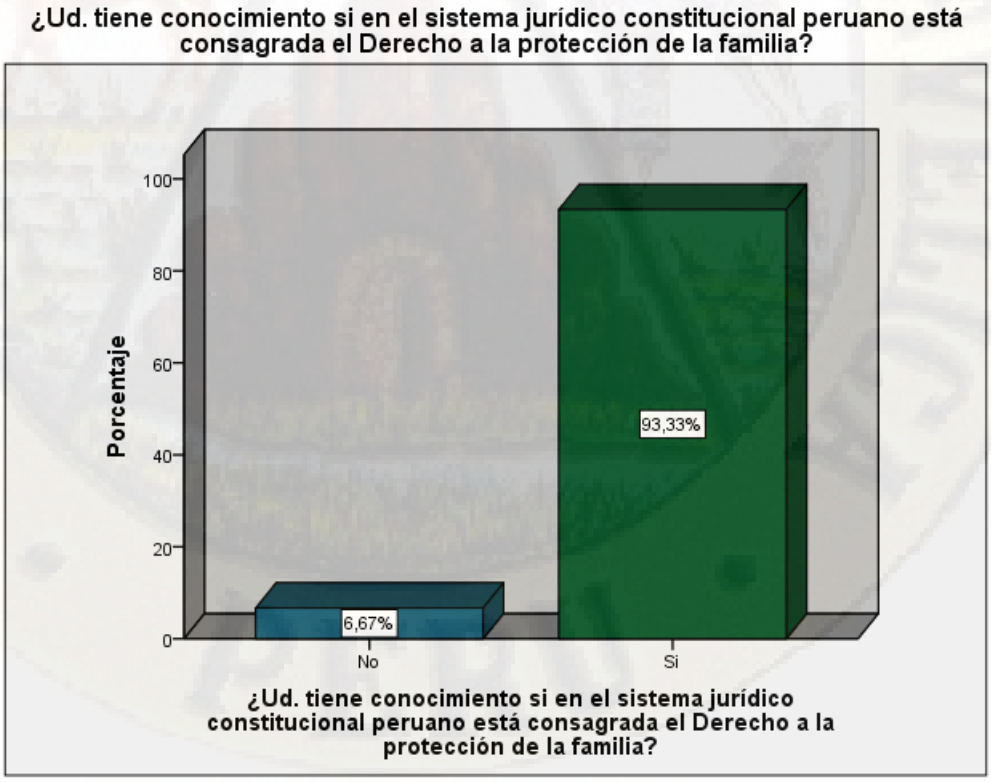
De la tabla N° 29, a la pregunta si considera que los padres infértiles y estériles tienen el Derecho a formar una familia mediante las TRAS (maternidad subrogada), el 3.33% indicó que no, mientras que el 66.67% menciono que si, aunque el porcentaje mayoritario es afirmativo, aun es preocupante la percepción de las respuestas negativas, debiendo tomarse en consideración en futuras investigaciones.

Tabla N° 30: Orden Nacional e Internacional (b)

¿Ud. tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a la protección de la familia?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 30



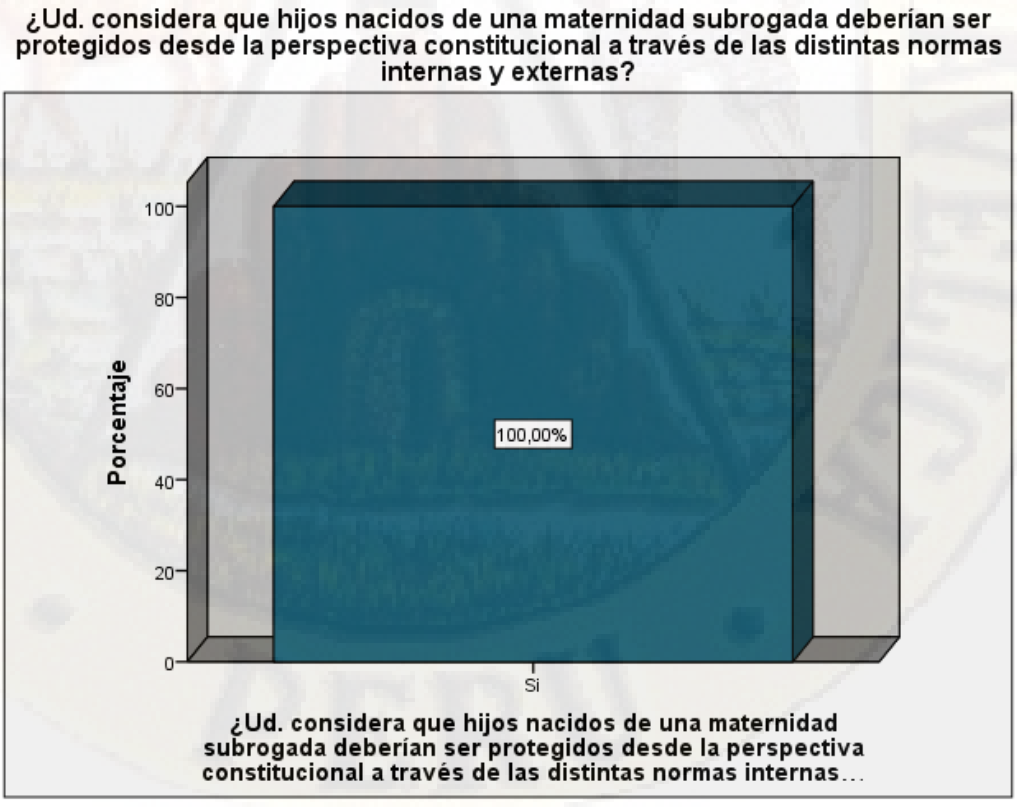
En la tabla N° 30, podemos apreciar que ante la pregunta si tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a la protección de la familia, el 6.67% indico que no, mientras que el 93.33% manifestó que si, lo que manifiesta un adecuado conocimiento sobre el derecho a la protección de la familia, por parte de los administradores de justicia.

Tabla N° 31: Orden Nacional e Internacional (c)

¿Ud. considera que hijos nacidos de una maternidad subrogada deberían ser protegidos desde la perspectiva constitucional a través de las distintas normas internas y externas?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 31



De la tabla N° 31, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada deberían ser protegidos desde la perspectiva constitucional a través de las distintas normas internas y externas, totalmente el 100% de los encuestados respondió que si, lo que manifiesta que la protección a los hijos de una maternidad subrogada esta garantizada dentro de los administradores de justicia.

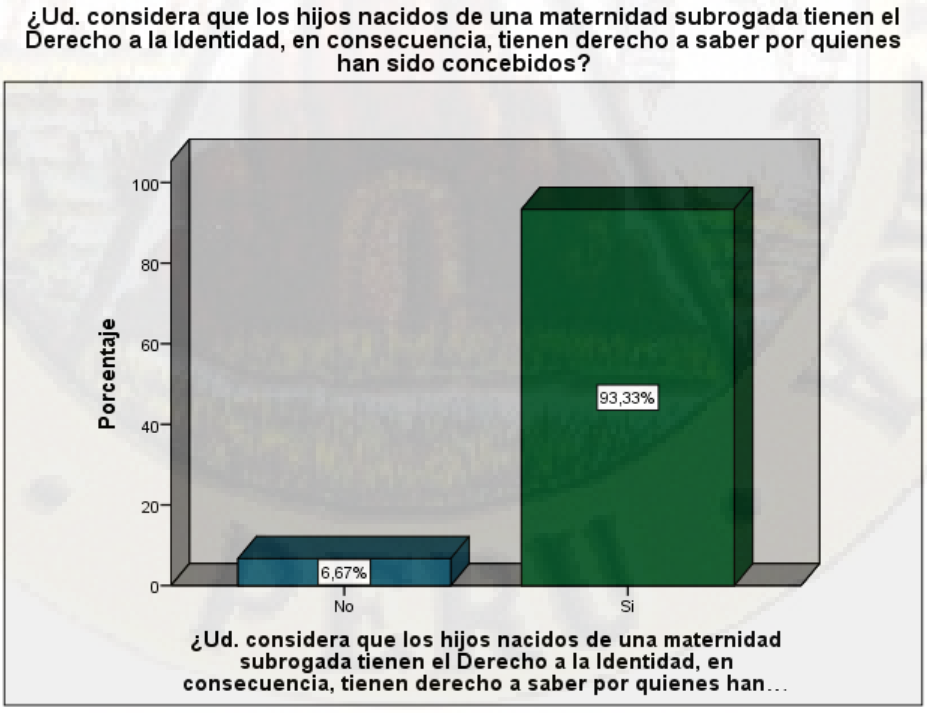
DIMENSIÓN: Derecho a la identidad

Tabla N° 32: Derecho a la identidad como derecho fundamental (a)

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido concebidos?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Grafico N° 32



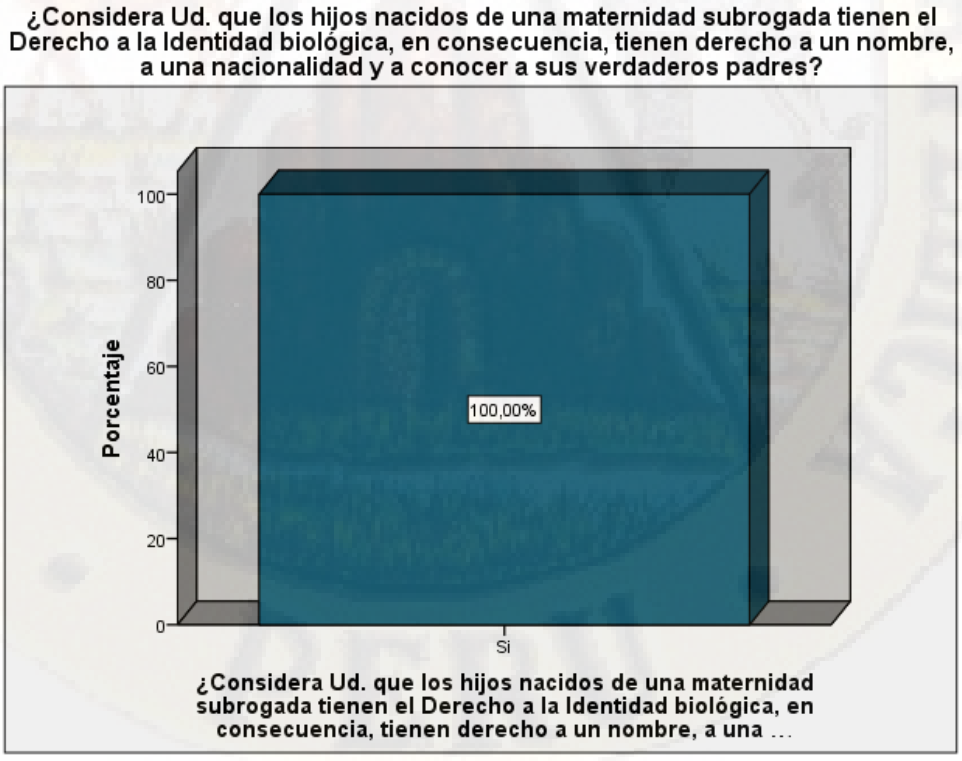
En la tabla N° 32, podemos apreciar que ante la pregunta si ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido concebidos?, el 6.67% indico que no, mientras que el 93.33% manifestó que si, lo que manifiesta un adecuado conocimiento sobre el derecho a La identidad saber por quienes han sido concebidos de los hijos nacidos de una maternidad subrogada.

Tabla N° 33: Derecho a la identidad como derecho fundamental (b)

¿Considera Ud. que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad biológica, en consecuencia, tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad y a conocer a sus verdaderos padres?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 33



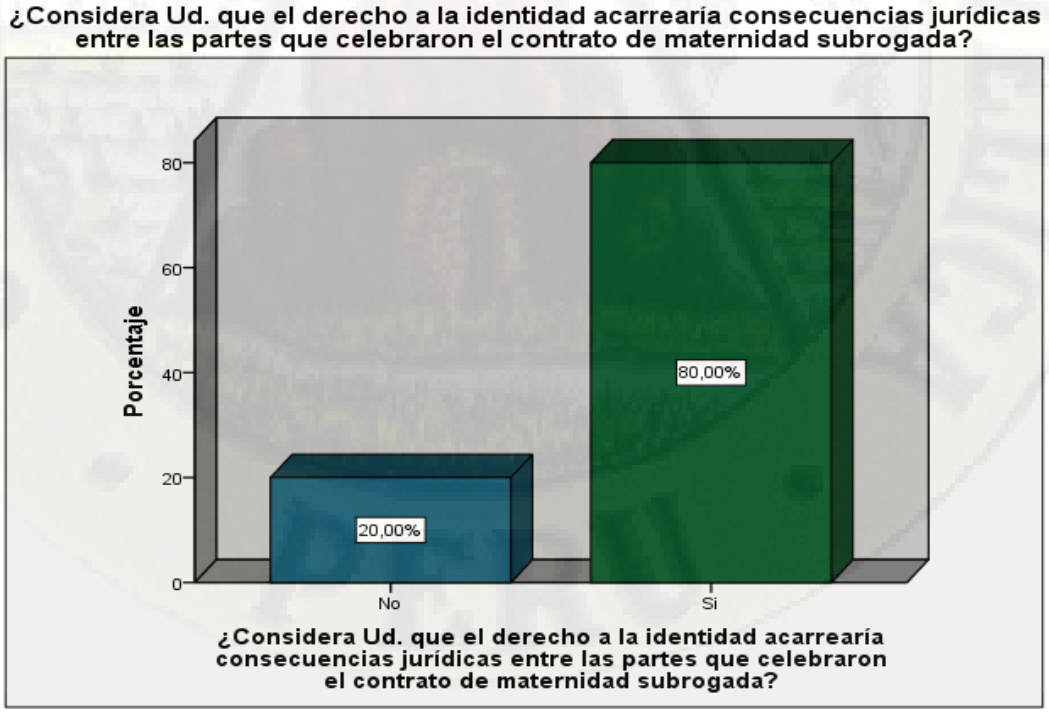
De la tabla N° 33, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad biológica, en consecuencia, tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad y a conocer a sus verdaderos padres, el 100% de los administradores de justicia encuestados, respondió que sí, lo que garantiza la protección al derecho a la entidad biológica de los hijos nacidos de una maternidad subrogada.

Tabla N° 34: Derecho al nombre, a la nacionalidad y a las relaciones familiares (conocer a sus padres)

¿Considera Ud. que el derecho a la identidad acarrearía consecuencias jurídicas entre las partes que celebraron el contrato de maternidad subrogada

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	3	20,0	20,0	20,0
	Si	12	80,0	80,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 34



De la tabla N° 34, a la pregunta si considera que el derecho a la identidad acarrearía consecuencias jurídicas entre las partes que celebraron el contrato de maternidad subrogada, el 20% indicó que no, mientras que el 80% indico que sí, lo que manifiesta y se puede inducir de esta pregunta es que aun existen dudas en el efecto de los contratos celebrados sobre la maternidad subrogada, debiendo aclararse este tema en plenos jurisdiccionales en el país.

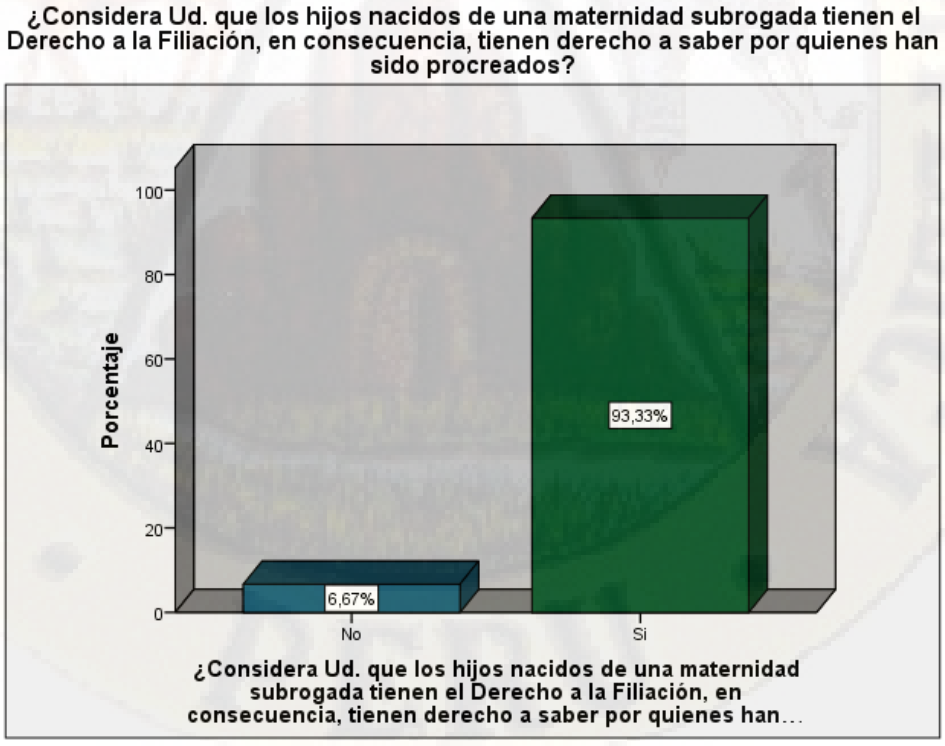
DIMENSIÓN: EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA FILIACION

Tabla N° 35: Importancia de la filiación (a)

¿Considera Ud. que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Filiación, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido procreados?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 35



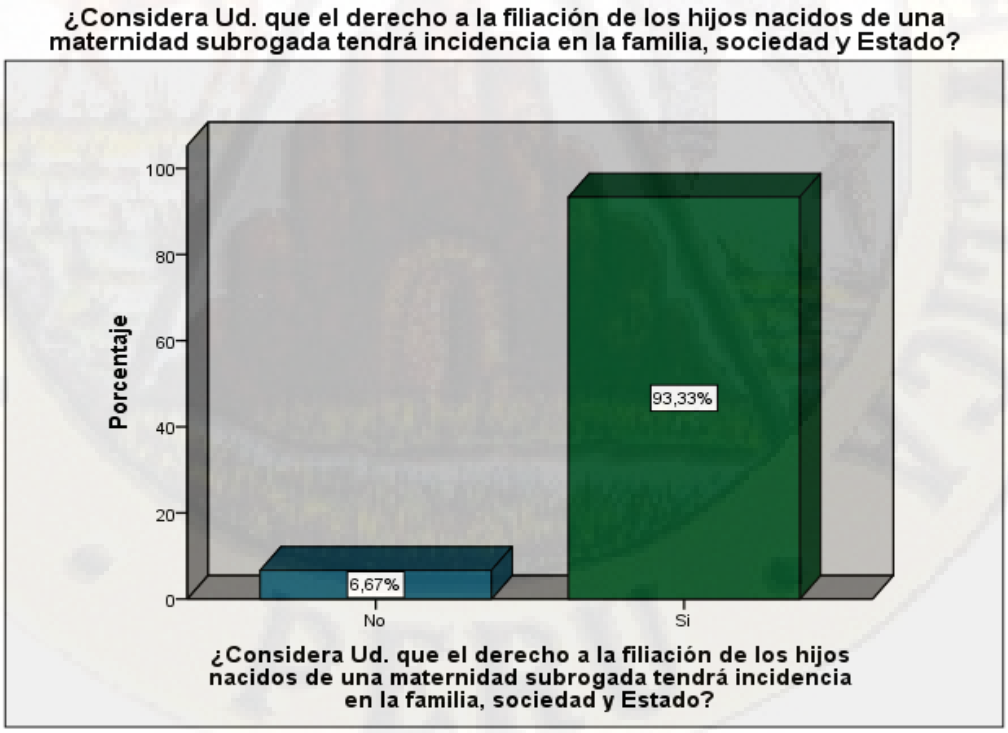
De la tabla N° 3, 5, a la pregunta si considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Filiación, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido procreados, el 6.67% indico que no, mientras que el 93.33% indico que sí, lo que demuestra que casi la totalidad de los administradores de justicia en Huancavelica, consideran y protegen el derecho a la filiación de los hijos nacidos en una maternidad subrogada.

Tabla N° 36: Importancia de la filiación (b)

¿Considera Ud. que el derecho a la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada tendrá incidencia en la familia, sociedad y Estado?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 36



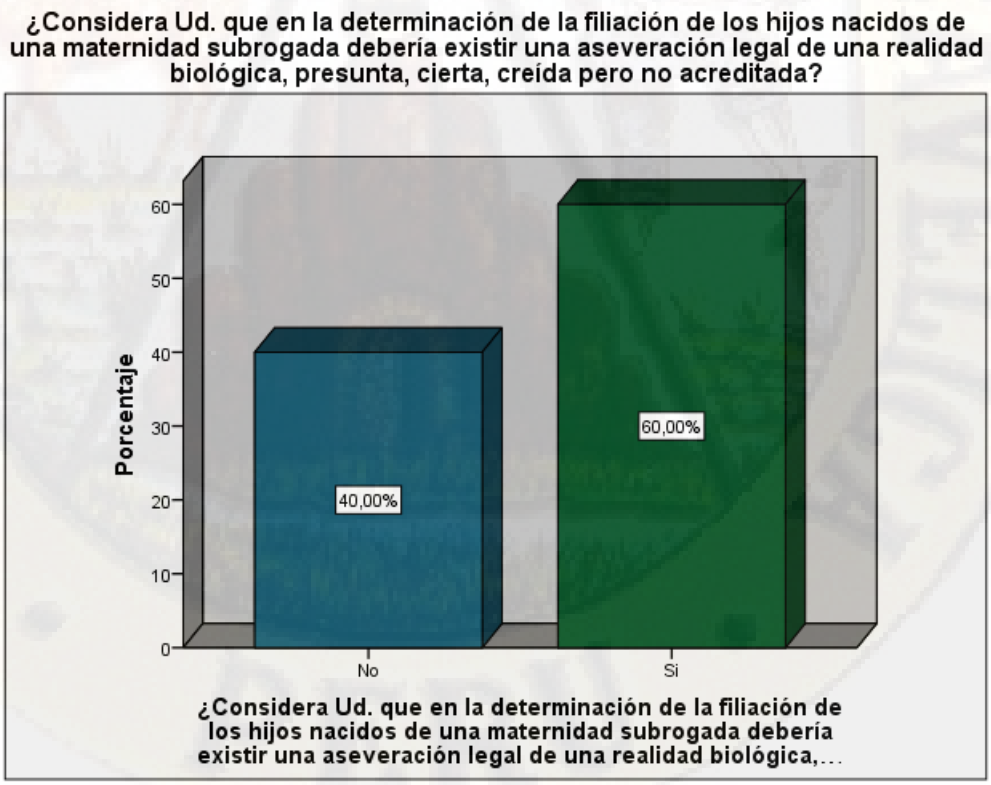
De la tabla N° 36, a la pregunta si considera que el derecho a la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada tendrá incidencia en la familia, sociedad y Estado, el 6.67% indico con su respuesta que no, mientras que el 93.33% manifestó que si, lo que corrobora las respuestas anteriormente analizadas de que aún existen grandes dudas sobre los efectos jurídicos de la maternidad subrogada

Tabla N° 37: Determinación de la filiación

¿Considera Ud. que en la determinación de la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada debería existir una aseveración legal de una realidad biológica, presunta, cierta, creída pero no acreditada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	6	40,0	40,0	40,0
	Si	9	60,0	60,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 37



De la tabla N° 37, a la pregunta si considera que en la determinación de la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada debería existir una aseveración legal de una realidad biológica, presunta, cierta, creída pero no acreditada, el 40% de los encuestados respondió que no, mientras que el 60% dijo que si, existiendo una brecha reducida entre las respuestas, lo que indica las dudas existen al respecto del tema.

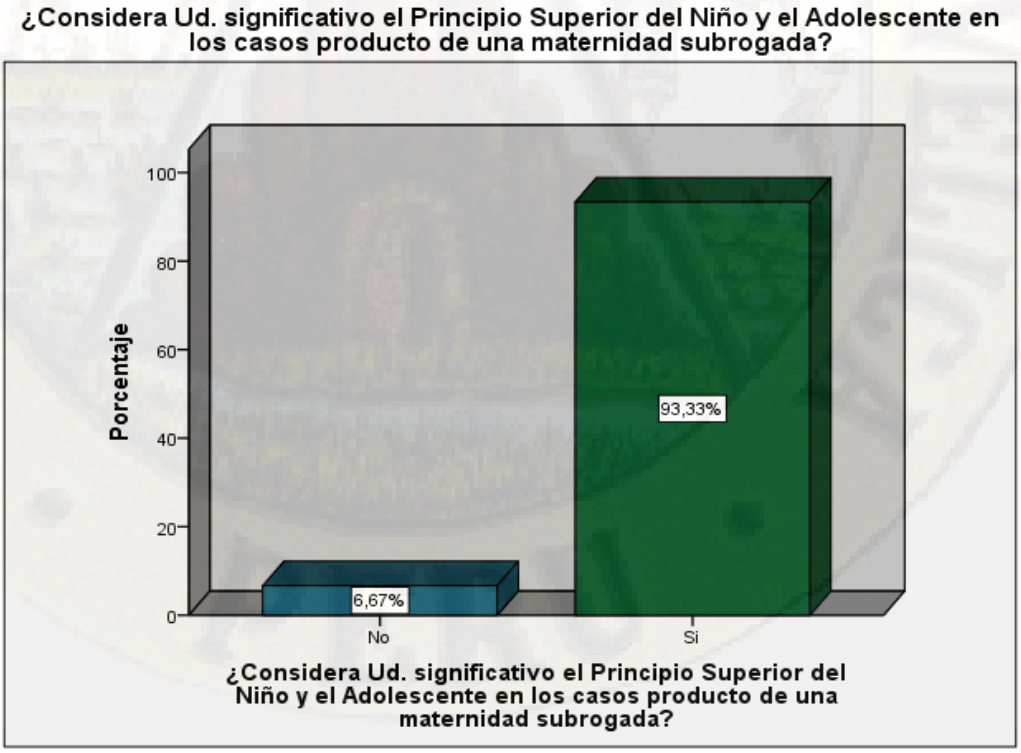
DIMENSIÓN: El Principio Superior del Niño y el Adolescente

Tabla N° 38: Principio por excelencia en cualquier debate (a)

¿Considera Ud. significativo el Principio Superior del Niño y el Adolescente en los casos producto de una maternidad subrogada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 38



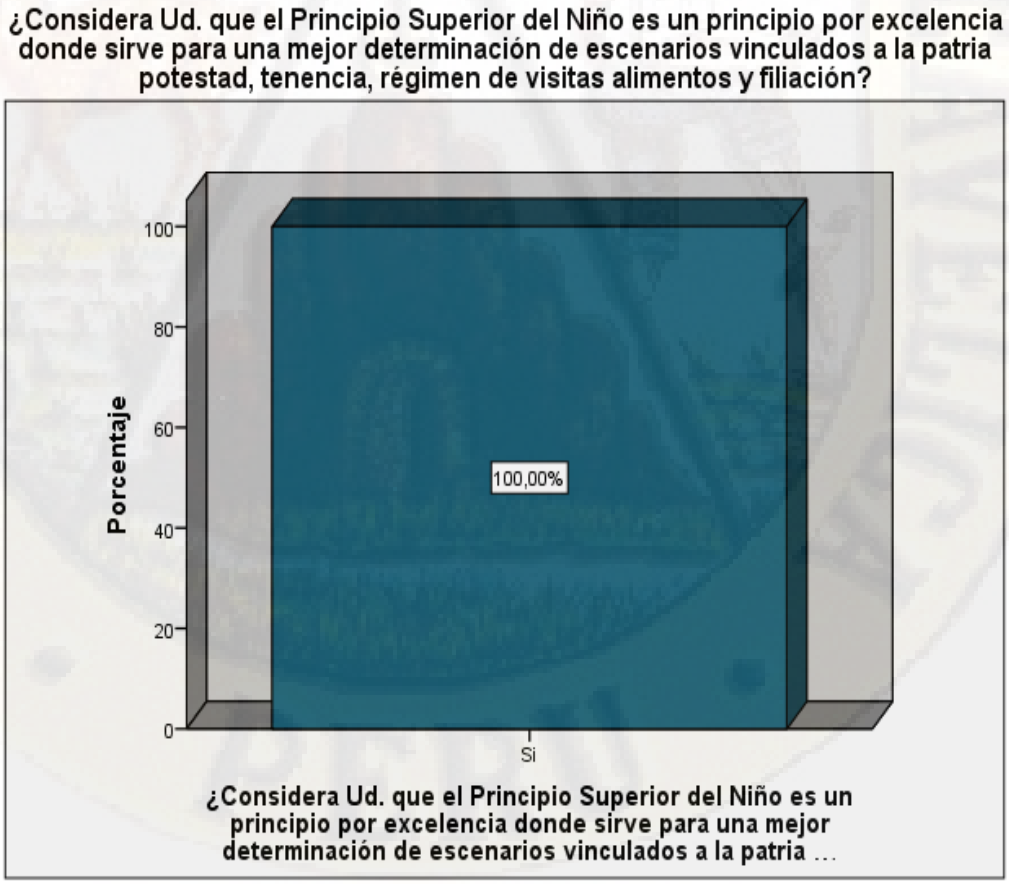
De la tabla N° 38, a la pregunta si considera significativo el Principio Superior del Niño y el Adolescente en los casos producto de una maternidad subrogada, el 6.67% indico que no, mientras que el 93.33% manifestó como respuesta que si, por lo que puedo determinar que para los encuestados es relevante y significativo el principio superior del niño y adolescente en todo momento.

Tabla N° 39: Principio por excelencia en cualquier debate (b)

¿Considera Ud. que el Principio Superior del Niño es un principio por excelencia donde sirve para una mejor determinación de escenarios vinculados a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas alimentos y filiación?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 39



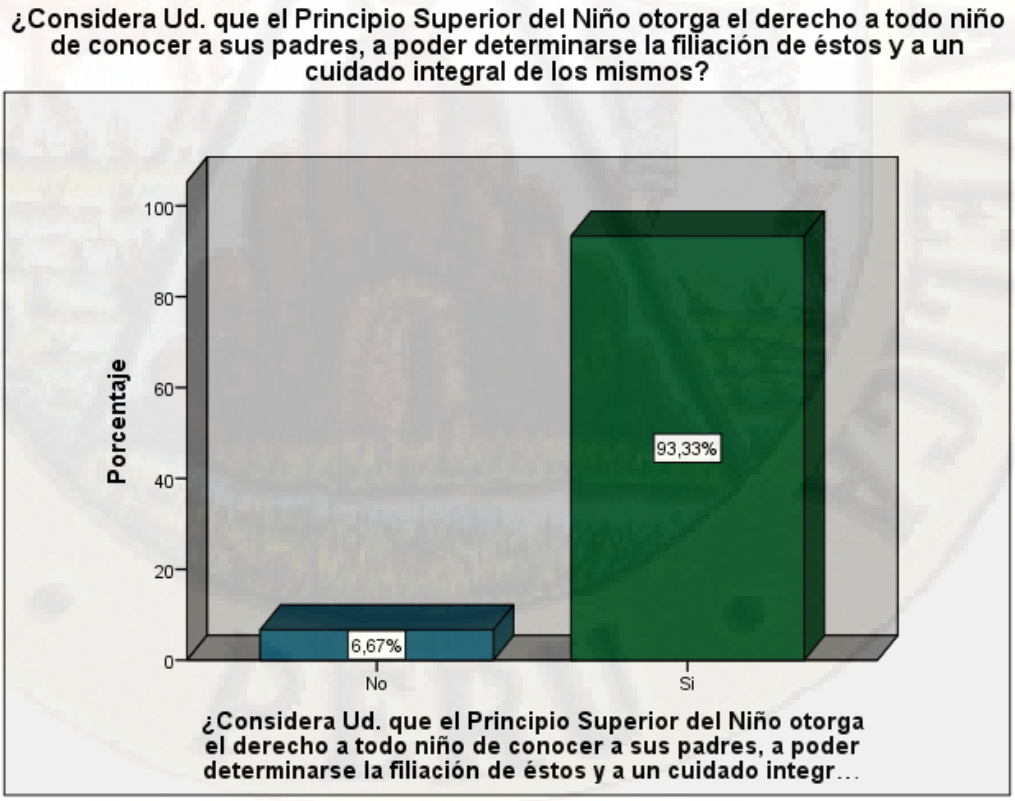
De la tabla N° 39, a la pregunta que, si considera que el principio superior del niño es un principio por excelencia donde sirve para una mejor determinación de escenarios vinculados a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas alimentos y filiación, el 100% de los encuestados manifestó como respuesta que si, lo que corrobora las respuestas anteriores.

Tabla N° 40: Observancia del Principio superior del niño y del adolescente (a)

¿Considera Ud. que el Principio Superior del Niño otorga el derecho a todo niño de conocer a sus padres, a poder determinarse la filiación de éstos y a un cuidado integral de los mismos?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	1	6,7	6,7	6,7
	Si	14	93,3	93,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 40



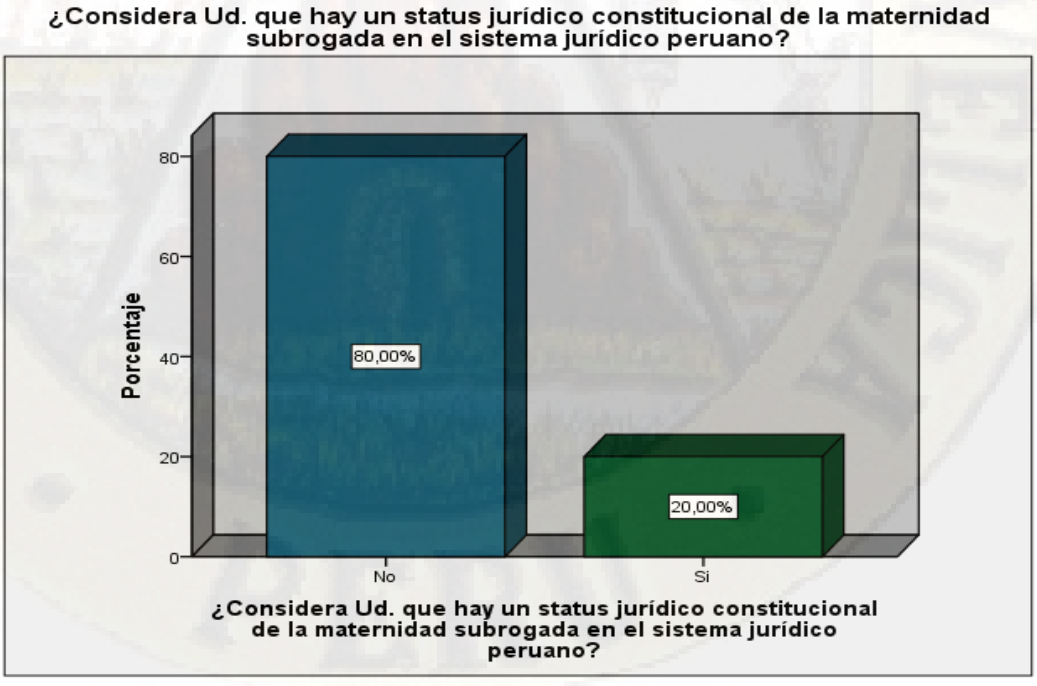
De la tabla N° 40, a la pregunta si considera que el Principio Superior del Niño otorga el derecho a todo niño de conocer a sus padres, a poder determinarse la filiación de éstos y a un cuidado integral de los mismos, el 6.67% manifestó como respuesta que no, mientras que el 93.33% manifestó que si, lo que indica claramente que está inserto plenamente el derecho de todo niño a conocer a sus padres, a la filiación con ellos y a su cuidado integral.

Tabla N° 41: Observancia del Principio superior del niño y del adolescente (b)

¿Considera Ud. que hay un status jurídico constitucional de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	12	80,0	80,0	80,0
	Si	3	20,0	20,0	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 41



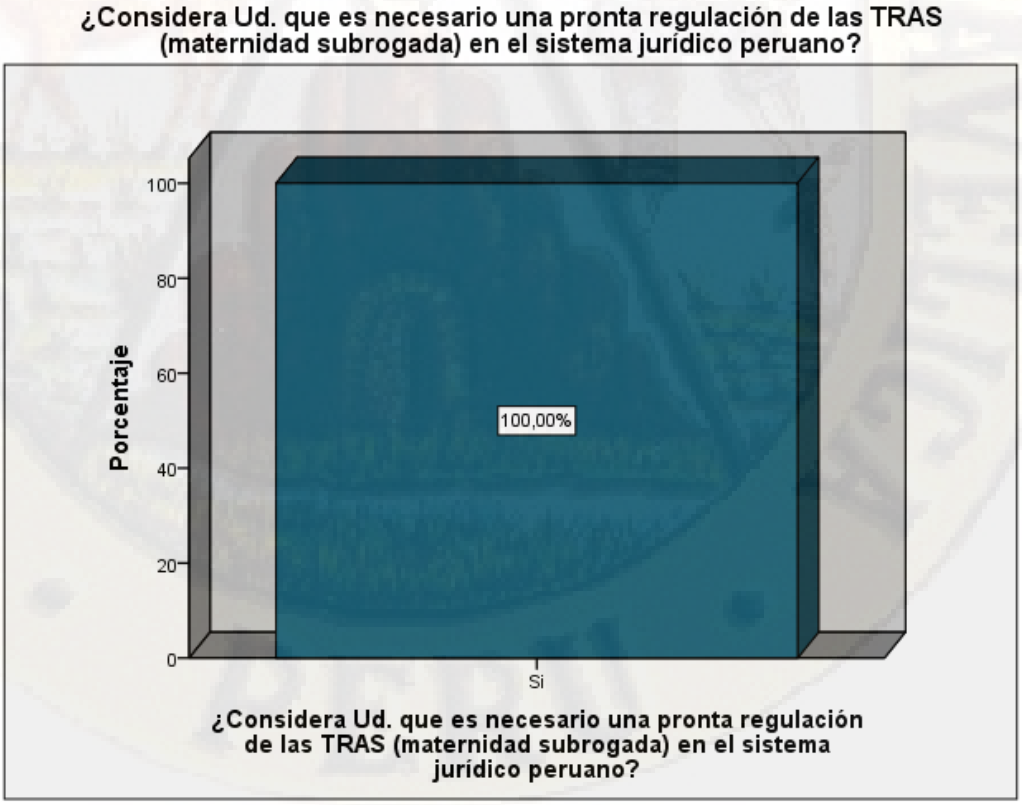
De la tabla N° 41, a la pregunta si considera que hay un status jurídico constitucional de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano, el 80% indico como respuesta que no, mientras que el 20% indico como respuesta que sí, lo que corrobora las respuestas obtenidas anteriormente, ya que existe un sesgo en las respuestas que no está claramente definido, por la ausencia de conocimiento pleno sobre la maternidad subrogada

Tabla N° 42: Observancia del Principio superior del niño y del adolescente (c)

¿Considera Ud. que es necesario una pronta regulación de las TRAS (maternidad subrogada) en el sistema jurídico peruano?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	Si	15	100,0	100,0	100,0

Gráfico N° 42



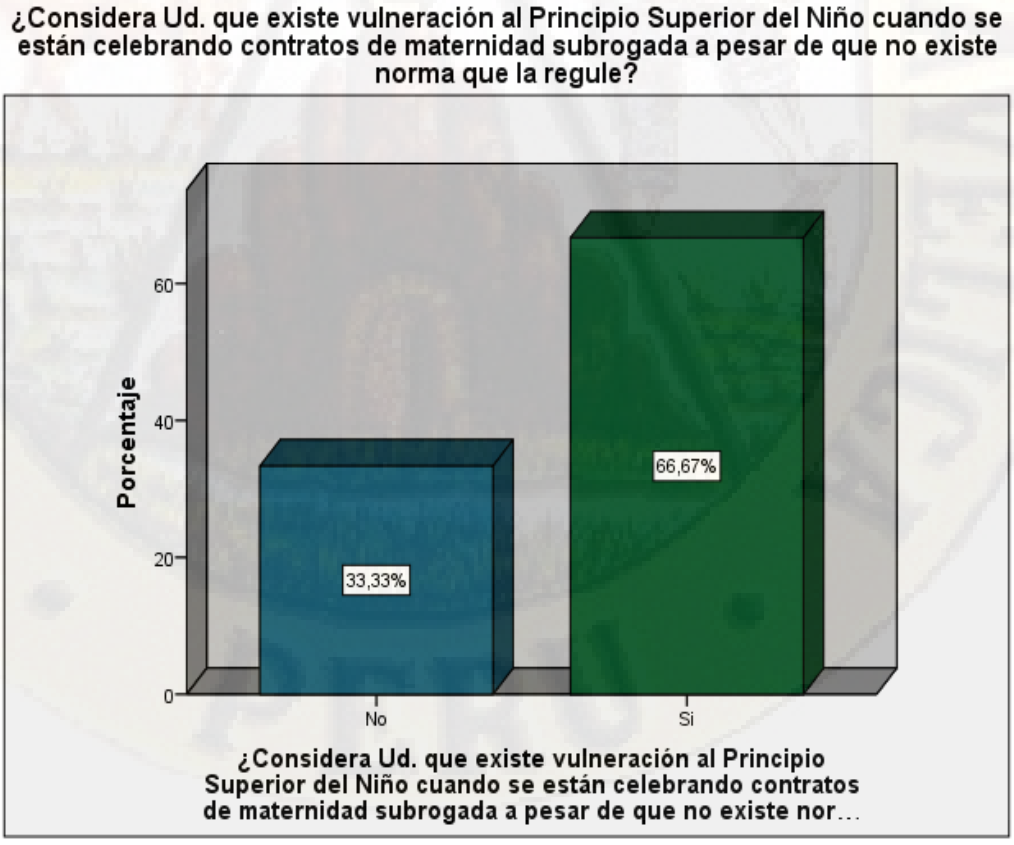
De la tabla N° 42, a la pregunta si considera que es necesario una pronta de las TRAS (maternidad subrogada) en el sistema jurídico peruano, el 100% de los encuestados respondieron que si, lo que manifiesta que el ordenamiento jurídico del país debe considerar como relevante la regulación del TRAS, y además genera la importancia tacita de esta investigación

Tabla N° 43: Observancia del Principio superior del niño y del adolescente (c)

¿Considera Ud. que existe vulneración al Principio Superior del Niño cuando se están celebrando contratos de maternidad subrogada a pesar de que no existe norma que la regule?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	5	33,3	33,3	33,3
	Si	10	66,7	66,7	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 43



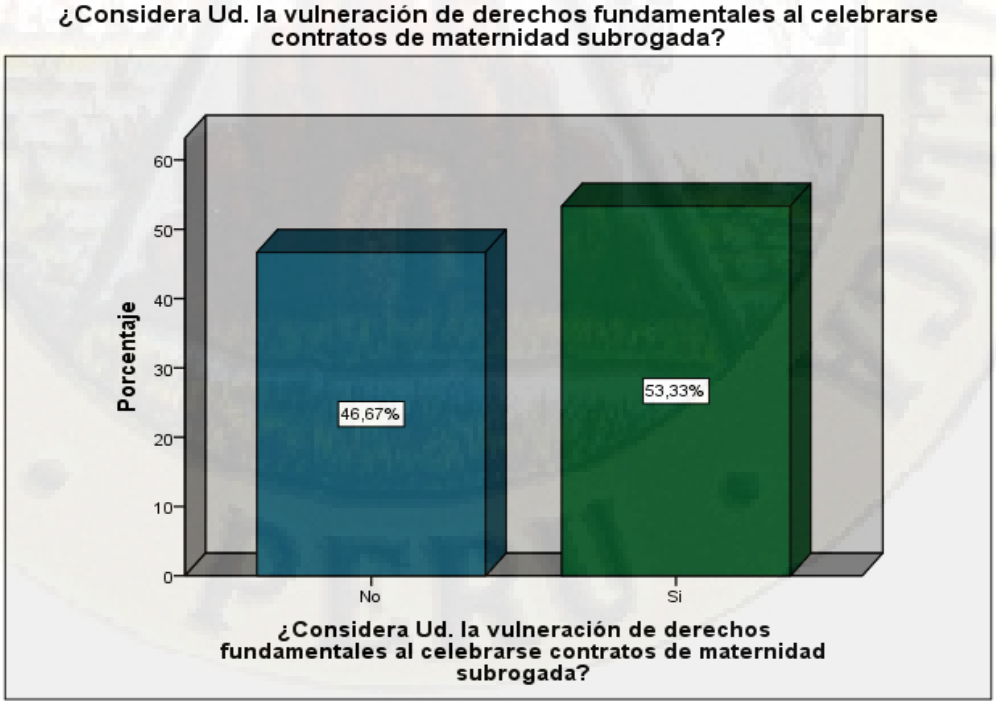
De la tabla N° 43, a la pregunta si considera que existe vulneración al Principio Superior del Niño cuando se están celebrando contratos de maternidad subrogada a pesar de que no existe norma que la regule, el 33.33% de los encuestados respondió que no, mientras que el 66.67% manifestó que no, esta respuesta por su naturaleza sigue manifestando dudas en cuanto al conocimiento peno de la maternidad subrogada

Tabla N° 44: Observancia del Principio superior del niño y del adolescente (d)

¿Considera Ud. la vulneración de derechos fundamentales al celebrarse contratos de maternidad subrogada?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	7	46,7	46,7	46,7
	Si	8	53,3	53,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 44



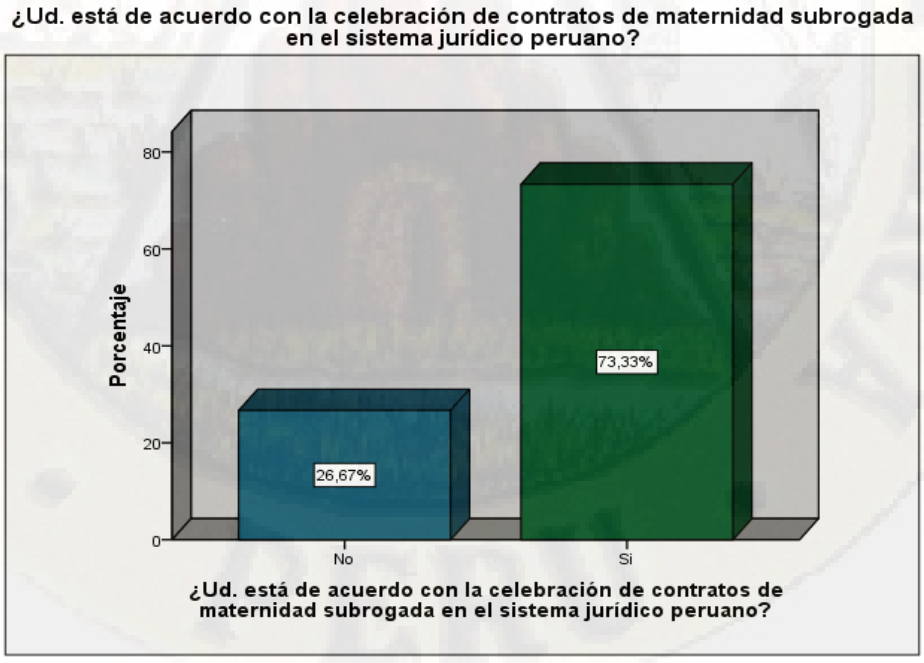
De la tabla N° 44, a la pregunta si considera la vulneración de derechos fundamentales al celebrarse contratos de maternidad subrogada, el 46.67% de los encuestados respondió que no, mientras que el 53.33% de los encuestados dijo que si, existiendo una pequeña brecha entre las respuestas, siendo preocupante en el sentido de que no se tiene claro el aspecto jurídico de la celebración de contratos de maternidad subrogada

Tabla N° 45: El derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (a)

¿Ud. está de acuerdo con la celebración de contratos de maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 45



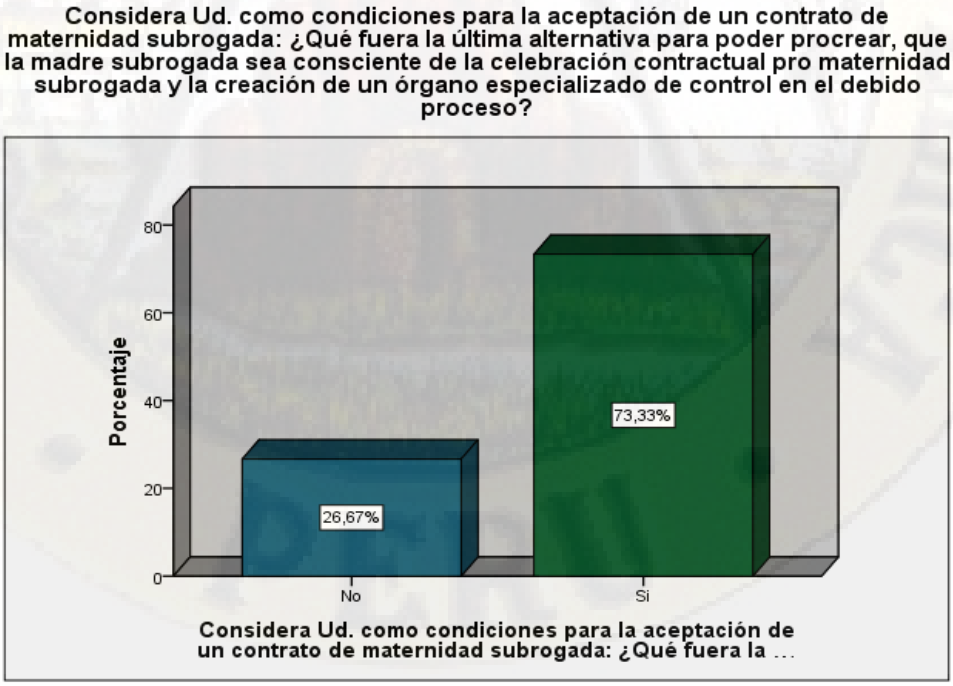
De la tabla N° 45, a la pregunta si está de acuerdo con la celebración de contratos de maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano, el 26.67% manifestó que no, mientras que el 73.33% manifestó que si, siendo una afirmación a la validez de las respuestas obtenidas anteriormente que aún existen muchas dudas sobre la celebración de los contratos de maternidad subrogada, aunque la mayoría de encuestados están de acuerdo con la celebración de estos.

Tabla N° 46: El derecho del niño a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (b)

Considera Ud. Como condiciones para la aceptación de un contrato de maternidad subrogada: ¿Qué fuera la última alternativa para poder procrear, que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y la creación de un órgano especializado de control en el debido proceso?

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válido	No	4	26,7	26,7	26,7
	Si	11	73,3	73,3	100,0
	Total	15	100,0	100,0	

Gráfico N° 46



De la tabla N° 46, a la pregunta si considera como condiciones para la aceptación de un contrato de maternidad subrogada: Qué fuera la última alternativa para poder procrear, que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y la creación de un órgano especializado de control en el debido proceso, el 26.67% manifestó en su respuesta que no, mientras que el 73.33% respondió que sí, manifiesta esta respuesta que no está claro el tema de maternidad subrogada debiendo ser abordada en eventos académicos para determinar totalmente su naturaleza.

4.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Los resultados del análisis de los datos obtenidos en mi investigación, se comparan con los antecedentes de la investigación a lo que llegamos a la siguiente discusión:

De acuerdo a la investigación de Gisela Grimmer Rommel (2015) y Reis de Araujo (2017), estoy de acuerdo en referencia a la dignidad y derechos que todo hombre tiene y los cuales deben ser tutelados.

En cuanto a Marti Gual (2011), coincido en que el marco político, económico y social actúa como contexto propiciatorio de la dinámica de incremento de aplicación de la TRA.

En cuanto a Luceño Maestre (2010) coincido en que es necesario desarrollar nuevas medidas (ya sean legislativas o de sociedades científicas).

En referencia a Velásquez Vargas (2015), estamos de acuerdo con que la Maternidad Subrogada es vista como un método de procreación extraordinario en caso de infertilidad o esterilidad severa de las parejas y posee un alto grado de aceptación en su práctica y en la idea de una futura legislación que sancione la aplicación y sus alcances para evitar el abuso, la ilegalidad y el

desconocimiento de varios derechos fundamentales, asi como los niños y niñas poseen el derecho fundamental de la identidad que implica la maternidad y paternidad y se entienda a la maternidad como un rol socio-comercial atribuido legalmente y que en nuestra legislación penal, un acápite especial para la maternidad subrogada, lo que justamente deviene en las dudas que se tiene sobre el tema.

Por otro lado Perez Pita (2015) coincido que en el ordenamiento jurídico peruano reconoce al concebido y por lo tanto protege la vida desde el momento de la concepción y que existe el respeto de la dignidad de la persona, tanto del concebido como de la madre y el respeto por el cuerpo de la mujer evitando ser utilizado como instrumento para la medicina.

Tambien coincido con Canessa Vilcahuamán (2008), que indica que para la regulación definitiva de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida es necesario que el legislador nacional cree un escenario de reflexión y desarrollo en el que participen todos los integrantes del debate bioético, se rodee de científicos que conozcan a profundidad las técnicas en cuestión, para que así, se logre un marco legal de acuerdo con las necesidades reales sobre el particular, pero teniendo siempre como horizonte el bienestar de las personas y por supuesto, la dignidad humana.

4.3. PROCESO DE PRUEBA DE HIPÓTESIS

Prueba de Hipótesis Principal

H_0 = Nuestra legislación actual no proporciona una adecuada regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando.

H_a = Nuestra legislación actual proporciona una adecuada regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando

Tabla 47: Resultados de las respuestas obtenidas para verificar si la legislación actual regula normativamente la maternidad subrogada

	ITEMS																																															SUMA D ITEMS
	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10	P11	P12	P13	P14	P15	P16	P17	P18	P19	P20	P21	P22	P23	P24	P25	P26	P27	P28	P29	P30	P31	P32	P33	P34	P35	P36	P37	P38	P39	P40	P41	P42	P43	P44	P45	P46	
1	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	36
2	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	36
3	1	0	0	0	0	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	0	30
4	1	0	1	1	0	1	1	0	1	0	1	0	0	1	0	0	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	1	1	1	0	1	1	0	1	1	32
5	0	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	0	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	35
6	1	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	0	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	0	0	1	1	1	0	1	36
7	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	0	0	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	41
8	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	37
9	1	0	1	1	1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	37
10	1	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	0	0	1	1	33
11	1	0	1	1	0	0	1	1	1	0	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	0	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0		29
12	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	1	1	35
13	1	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	0	33
14	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	0	0	1	0	33
15	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0	0	1	0	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	0	1	1	1	1	0	1	0	0	0	1	33
SUMA TOTAL																																															516

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 48: Suma total de los resultados y resultado máximo que determina la verificación si la legislación actual regula normativamente la maternidad subrogada

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	516
RESULTADO MAXIMO QUE DETERMINA LA VERIFICACIÓN SI LA LEGISLACIÓN ACTUAL REGULA NORMATIVAMENTE LA MATERNIDAD SUBROGADA	690
DIFERENCIA	174

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 49: Intervalo de la diferencia de resultados para determina la verificación si la legislación actual regula normativamente la maternidad subrogada

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 172	Adecuada legislación actual
173 a 345	regular adecuación de la legislación actual
346 a 517	baja adecuación de la legislación actual
518 a 690	Baja o inadecuada legislación actual

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 174 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que determina la verificación si la legislación actual regula normativamente la maternidad subrogada, la cual se encuentra en el intervalo de 173 a 345. Por lo que podemos afirmar ***Nuestra legislación actual proporciona una regular adecuación en la regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando.***

Prueba de la primera Hipótesis Específica

H_0 = Es necesario la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna la vulneración de derechos fundamentales.

H_0 = No es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna la vulneración de derechos fundamentales

Tabla 50: Resultados de las respuestas obtenidas para verificar la necesidad de regulación de la maternidad subrogada

	P1	P2	P3	P4	P5	P6	P7	P8	P9	P10	P11	P12	P13	P14	P15	P16	P17	P18	P19	P20	P21	P22	Suma de items
1	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	16
2	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	17
3	1	0	0	0	0	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0	13
4	1	0	1	1	0	1	1	0	1	0	1	0	0	1	0	0	1	1	0	0	1	1	12
5	0	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	15
6	1	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	19
7	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	0	0	1	0	1	1	1	1	17
8	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	14
9	1	0	1	1	1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	1	1	14
10	1	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	1	1	13
11	1	0	1	1	0	0	1	1	1	0	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	1	10
12	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	1	1	1	13
13	1	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	0	1	1	12
14	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0	1	0	1	1	1	0	1	1	1	14
15	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0	0	1	0	1	1	1	1	0	1	1	15
Suma total																							214

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 51: Suma total de los resultados y resultado máximo para verificar la necesidad de regulación de la maternidad subrogada

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	330
	214

RESULTADO MAXIMO PARA VERIFICAR LA NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA	
DIFERENCIA	116

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 52: Intervalo de la diferencia de resultados para verificar la necesidad de regulación de la maternidad subrogada

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 82	Muy necesario
83 a 164	Necesario
165 a 247	Regularmente necesaria
248 a 320	Innecesaria

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 116 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que determina la necesidad de regulación de la maternidad subrogada, la cual se encuentra en el intervalo de 83 a 164. Por lo que podemos afirmar ***Es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna la vulneración de derechos fundamentales.***

Prueba de la segunda Hipótesis Específica

H_0= Si, existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.

H_a= No, existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.

Tabla 53: Resultados de las respuestas obtenidas para verificar si existe transgresión al principio superior del niño y adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada

	P37	P38	P39	P40	P41	P42	Suma de ítems
1	0	1	1	1	0	1	4
2	0	1	1	1	0	1	4
3	1	1	1	1	0	1	5
4	0	1	1	1	0	1	4
5	0	1	1	1	0	1	4
6	1	0	1	0	0	1	3
7	1	1	1	1	1	1	6
8	1	1	1	1	1	1	6
9	1	1	1	1	0	1	5
10	0	1	1	1	0	1	4
11	1	1	1	1	1	1	6
12	1	1	1	1	0	1	5
13	1	1	1	1	0	1	5
14	0	1	1	1	0	1	4
15	1	1	1	1	0	1	5
Suma total							70

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 54: Suma total de los resultados obtenidas para verificar si existe transgresión al principio superior del niño y adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	90
RESULTADO MAXIMO PARA VERIFICAR SI EXISTE TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO SUPERIOR DEL NIÑO Y	70

ADOLESCENTE EN CUANTO A LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO POR MATERNIDAD SUBROGADA	
DIFERENCIA	20

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 55: Intervalo de la diferencia de resultados para verificar si existe transgresión al principio superior del niño y adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 23	Si existe
24 a 45	Existe regularmente
46 a 68	Existe poco
69 a 90	No existe

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 20 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que determina la verificación si existe transgresión al principio superior del niño y adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada, la cual se encuentra en el intervalo de 0 a 23. Por lo que podemos afirmar ***Si, existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.***

Prueba de la tercera Hipótesis Específica

H_0 = Los Derechos Fundamentales son vulnerados en su mayoría los consagrados en la Carta Magna.

H_a = Los Derechos Fundamentales no son vulnerados y en su mayoría son los consagrados en la Carta Magna

Tabla 56: Resultados de las respuestas obtenidas para verificar si existe vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna

	P 22	P 23	P 24	P 25	P 26	P 27	P2 8	P2 9	P3 0	P3 1	P 3 2	P3 3	P34	P35	P36	P37	Suma de items
1	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**0**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**12**
2	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**0**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**12**
3	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**0**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**1**	**11**
4	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**0**	**14**
5	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**0**	**13**
6	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**0**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**13**
7	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**16**
8	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**16**
9	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**15**
10	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**15**
11	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**0**	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**13**
12	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**15**
13	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**16**
14	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**16**
15	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**1**	**0**	**1**	**0**	**15**
Suma total de ítems																	**212**

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 57: Suma total de los resultados obtenidas para verificar si existe vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	240
RESULTADO MAXIMO PARA VERIFICAR SI EXISTE VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSAGRADOS EN LA CARTA MAGNA	212
DIFERENCIA	28

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 58: Intervalo de la diferencia de resultados para verificar si existe vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 23	no existe
24 a 45	Existe poco
46 a 68	Existe regularmente
69 a 90	Si existe

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 28 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que determina la verificación si existe vulneración de los derechos fundamentales consagrados en la carta magna, la cual se encuentra en el intervalo de 24 a 45. Por lo que podemos afirmar **Que existe una poca vulneración de los Derechos Fundamentales consagrados en su mayoría en la Carta Magna, siendo estos:**

- Derecho a la Dignidad tanto de la mujer y el niño.
- Derecho a formar una familia, que por cierto no está consagrada en la Carta Magna.
- Derecho a la protección de la Familia.
- Derecho a la Identidad.
- Derecho a la filiación.

Prueba de la Cuarta Hipótesis Específica

H_0 = Son condiciones para la aceptación de un contrato por maternidad subrogada las siguientes:

- Que fuera la última alternativa para poder procrear.
- Crear un órgano especializado de control en el debido proceso.
- Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo.

H_1 = No son condiciones para la aceptación de un contrato por maternidad subrogada las siguientes:

- Que fuera la última alternativa para poder procrear.

- Crear un órgano especializado de control en el debido proceso.
- Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo

Tabla 59: Resultados de las respuestas obtenidas para verificar las condiciones de aceptación de un contrato por maternidad subrogada

	P43	P44	P45	P46	Suma de items
1	1	1	1	1	4
2	1	1	1	1	4
3	1	1	0	0	2
4	1	0	1	1	3
5	1	1	1	1	4
6	1	1	0	1	3
7	1	1	1	1	4
8	0	0	1	1	2
9	1	1	1	1	4
10	0	0	1	1	2
11	0	0	1	0	1
12	1	0	1	1	3
13	1	1	0	0	2
14	0	0	1	0	1
15	0	0	0	1	1
SUMA					40

Tabla 60: Suma total de los resultados obtenidas para para verificar las condiciones de aceptación de un contrato por maternidad subrogada

SUMA TOTAL DE LOS RESULTADOS	60
	40

RESULTADO MAXIMO PARA VERIFICAR LAS CONDICIONES DE ACEPTACIÓN DE UN CONTRATO POR MATERNIDAD SUBROGADA	
DIFERENCIA	20

Fuente: Análisis las respuestas de la encuesta

Tabla 61: Intervalo de la diferencia de resultados para verificar las condiciones de aceptación de un contrato por maternidad subrogada

DIFERENCIA	DESCRIPCION
0 a 15	Son las condiciones
16 a 30	Mayormente las condiciones
31 a 45	Son pocas las condiciones
46 a 60	No son las condiciones

De acuerdo a los resultados se obtuvo una diferencia de 20 entre la suma total de resultados y el resultado máximo que determina la verificación de las condiciones de aceptación de un contrato por maternidad subrogada, la cual se encuentra en el intervalo de 16 a 30. Por lo que podemos afirmar **Son condiciones para la aceptación de un contrato por maternidad subrogada las siguientes:**

- Que fuera la última alternativa para poder procrear.
- Crear un órgano especializado de control en el debido proceso.
- Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo.
- Derecho a la protección de la Familia.
- Derecho a la Identidad.
- Derecho a la filiación.

CONCLUSIONES

De acuerdo al estudio que se realizó y los resultados obtenidos luego de ser analizados puedo concluir en lo siguiente:

- De acuerdo a los resultados obtenidos en el presente trabajo puedo determinar como conclusión general que, ***nuestra legislación actual proporciona una regular adecuación en la regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando.***
- En referencia al primer objetivo específico concluyo que ***Es necesaria la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna existirá la vulneración de derechos fundamentales***
- En referencia al segundo objetivo específico concluyo que ***Si, existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer.***
- En referencia al tercer objetivo específico concluyo que **existe una poca vulneración de los Derechos Fundamentales consagrados en su mayoría en la Carta Magna, siendo estos:**
  - **Derecho a la Dignidad tanto de la mujer y el niño.**
  - **Derecho a formar una familia, que por cierto no está consagrada en la Carta Magna.**
  - **Derecho a la protección de la Familia.**
  - **Derecho a la Identidad.**
  - **Derecho a la filiación.**
- En referencia al cuarto objetivo específico concluyo que **Son condiciones para** la **aceptación de un contrato por maternidad subrogada las siguientes:**
  - **Que fuera la última alternativa para poder procrear.**
  - **Crear un órgano especializado de control en el debido proceso.**

- **Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual por maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo.**
- **Derecho a la protección de la Familia.**
- **Derecho a la Identidad.**
- **Derecho a la filiación.**

RECOMENDACIONES

De la investigación realizada pretendo realizar las siguientes recomendaciones:

1. Que, nuestros legisladores deben actualizar la legislación y la normatividad sobre la maternidad subrogada, estas iniciativas deben ser coordinadas con el Colegio Profesional de Abogados del país.
2. Que, el poder judicial realice foros académicos entre los administradores de justicia para recabar información sobre la percepción que se tiene de la maternidad subrogada y así, regularla adecuadamente a la realidad de la sociedad y del avance científico.
3. Que, es necesario capacitar a los administradores de justicia sobre la vulneración al Principio Superior del Niño y Adolescente debido a que existen incertidumbres al respecto, por lo que debe realizarse eventos académicos coordinados con los Colegios Profesionales de Abogados.
4. Coordinar con las instancias pertinentes a fin de aperturar adecuadamente los canales de denuncia de la vulneración de los derechos fundamentales y hacer público a la población a través de eventos públicos.
5. Que, dentro de la legislación de la maternidad subrogada no se deje de lado las condiciones para la aceptación de un contrato de maternidad subrogada como son:
    a. Que fuera la última alternativa para poder procrear.
    b. Crear un órgano especializado de control en el debido proceso.
    c. Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual por maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo.
    d. Derecho a la protección de la Familia.
    e. Derecho a la Identidad.
    f. Derecho a la filiación.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

BALLESTEROS, Jesús y FERNÁNDEZ, Encarnación. (2007). Biotecnología y posthumanismo. Navarra, España: Editorial Aranzadi.

Alexy, R. (1993). Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

ALEXY, R. (2003). "Derechos Fundamentales y Estado Constitucional Democrático". Madrid : Trotta .

Aristóteles. (2005). La Política. Editores Mexicanos Unidos.

BONET, F. (1940). Derecho Civil Común y Foral. Derecho de Familia y Sucesiones. Tomo II. Madrid, España: Editorial Instituto Editorial Reus.

Canessa Vilcahuamán, R. H. (2008). Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana . Lima, Perú.

Cano, M. (2007). Maternidad Subrogada. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Carbonell, M. (2010). Una Historia de los Derechos Fundamentales. México: Editorial UNA-Porrúa-CNDH.

Carranza, J. L. (2000). Temas del derecho prevencional de menores. Editorial Alveroni.

COMANDUCCI, P. (2003). "Formas de neoconstitucionalismo: un análisis metateórico". Madrid : Trotta.

Cornejo Chávez, H. (1985). Derecho Familiar Peruano. Editorial lima Studium.

Española, D. d. (2001). Diccionario de la Real Academia Española. Madrid, España: Espasa.

ESPIN, E. (2000). Los derechos de la esfera personal. Valencia: Tirant Lo Blanch.

FAMÁ, M. V. (2009). La filiación, Régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Farras, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. (s.f.). Direito das Familias.2a edición.

Fernández Pacheco, M. (1988). La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M. RGLJ.

Fernández Ruiz-Galvez, E. (2002). Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción? . Granada: Comares.

FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1990). Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima , Perú: Universidad de Lima.

Fernández Sessarego, C. (1992). Derecho a la Identidad Personal. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

FERNANDEZ-GALIANO, A. (1983). Derecho Natural. Introducción Filosófica al Derecho. Madrid.

FERRAJOLI, L. (2002). “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”. México : ITAM.

FERRAJOLI, L. (2004). Derecho y Garantía, La ley del más débil. Madrid : Editorial Trotta.

Ferrajoli, L. (2006). Sobre los Derechos Fundamentales.

FERRER i RIBA, J. (1997). Asociaciones, derechos fundamentales y autonomía privada. Madrid : Civitas .

Fioravanti, M. (2007). Los Derechos Fundamentales, Apuntes de Historia de las Constituciones. España: Editorial Trota.

Galindo Garflas, I. (1994). Estudios de Derecho Civil. 2a edición. México: Porrúa.

GAMARRA, L. (2004). Status jurídico del embrión en la República de Argentina entre 1960 y 2004. Buenos Aires: Universidad abierta Interamericana.

GARCIA T., V. (2013). Derechos Fundamentales. Lima., Perú. : Adrus.

GINER ROMMEL, G. (2015). DIGNIDAD HUMANA Y GENÉTICA. España.

Grijley, C. (Agosto de 2017). Código Civil y Código Procesal Civil. Lima, Perú: Grijley.

GRIMM, D. (2006). Constitucionalismo y derechos fundamentales. Madrid : Trotta.

Grimm, D. (2006). Constitucionalismo y Derechos Fundamentales. Estudio preliminar de Antonio López Pina. España: Editorial Trotta.

GUASTINI, R. (2003). “La constitucionalización del ordenamiento j urídico: el caso italiano”. Madrid : Trotta.

http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html, p. 15. (s.f.). Obtenido de http://justiciadefamilia.blogspot.com/2008/10/inters-superior-del-nio-y.html, p. 15.

http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioactual_enero_25.ph p. . (s.f.). Obtenido de http://www.gacetajuridica.com.pe/informes/comentarios_b/diciembre_05/comentarioactual_enero_25.ph p.

http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001191.htm . (s.f.). Obtenido de http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/001191.htm

http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html, p. 17. . (s.f.). Obtenido de http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02132-2008-AA.html, p. 17.

https://elcomercio.pe/lima/ley-debe-favorecer-parejas-frenar-delitos-332751. (s.f.). Obtenido de https://elcomercio.pe/lima/ley-debe-favorecer-parejas-frenar-delitos-332751

https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746. (s.f.). Obtenido de https://elcomercio.pe/lima/peruanas-ofrecen-alquilar-vientre-s-70-mil-internet-332746

JOUVE DE LA BARREDA, N. (2012). El manantial de la vida. Genes y bioética. Madrid: Encuentro.

Krasnow, A. N. (2005). Filiación, Determinación de la maternidad y paternidad. Buenos Aires: La Ley.

Lacruz Berdejo, J. L. (2008). Elementos de Derecho Civil. Tomo IV Familia. . Dykinson.

Landa, C. (2002.). *La dignigdad de la Persona Humana, Cuestiones Constitucionales. .* Mexico.

Lobo, P. (2008). Familias. Sao Paulo.

LUCEÑO MAESTRE, F. (2010). Validez y Utilidad del Regstro de la SEF de Técnicas de Reproducción Asisitida . Granada, España.

Magallon lbarra, J. M. (1988). Instituciones de Derecho Civil. México: Porrua.

Martí Gual, A. (2011). MATERNIDAD Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA: UN ANÁLISIS, DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO, DE LOS CONFLICTOS Y EXPERIENCIAS DE LAS MUJERES USUARIAS . España.

MEDINA, L. (2004). Teoría impura del derecho. Bogotá: Legis .

Méndez, C. M. (1986). La Filiación. Santa Fe: Rubinzal y Culzoni.

MENDOZA C., H. A. (2009). EL EMBRIÓN HUMANO Y SUS IMPLICACIONES BIOJURÍDICAS . España.

Mendoza, S. V. (2002). *Pasos para elaborar proyectos y tesis de investigación científica.* Lima : San Marcos.

MERINO MARTINEZ, C. (2009). El derecho a conocer el propio origen biológico. Colombia: Editorial Leyer.

Mesa, K. A. (s.f.). La dignidad como base del ordenamiento jurídico. Chile.

Mijangos y González, J. (2007). Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre particulares. México: Editorial Porrúa .

Molina, A. C. (2009). Custodia de los hijos cuando se da fin al matrimonio .

Muñoz Bonacic, G. (2014). EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO FAMILIA Y SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO . Santiago, Chile.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. (2006). Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos. Santiago : Editorial Liberotecnia.

Orozco Henríquez, J. Jesús y Silva Adaya, Juan Carlos. (2002). Los Derechos Humanos de los Mexicanos. México.

ORTECHO V., V. J. (2008). Los derechos fundamentales en el Perú. . Lima, Perú. : Rodhas.

Osorio, M. (1997). Diccionario de Ciencias jurídicas, Políticas y Sociales. Buenos Aires, Argentina: Heliasta.

OSSORIO, M. (2000). *DICCIONARIO DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS.* Buenos Aires : Heliastra.

Paz Espinoza, F. (2002). Derecho de familia y sus instituciones, 2a edición. Bolivia: Gráfica G.G.

PEÑA, C. (1996). Sistema Jurídico y Derechos Humanos. Santiago : U. Diego Portales.

PÉREZ LUÑO, A. (1984). Los Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución, 7° Edición. Madrid : Tecnos .

Pérez Luño, A. E. (1988). Los Derechos Fundamentales, Tercera edición. Madrid: Técnos.

Pérez Pita, D. C. (2015). PRESUPUESTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS MÍNIMOS QUE SE DEBEN TENER EN CUENTA ANTE UNA INMINENTE REGULACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL PERÚ . Chiclayo, Perú.

Perú, C. d. (Enero de 2012). Constitución Política del Perú. Lima.

Planiol, Maree! y Ripert, Georges. (1948). Traite elementaire de droit civil. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence.

PRIETO SANCHÍS, L. (2009). Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid , Trotta.

Quesada González, A. G. (1994). "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico" en: Anuario de Derecho Civil. Madrid, España.

Reis de Araujo, A. (2017). La dignidad humana como límite al poder de control empresarial . Madrid, España.

Rivero Hernández, F. (1988). La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial. Madrid: Editorial Trivium.

Rolando, P. A. (2008). Derecho de familia en el Código Civil. Perú: Editorial Moreno S.A.

Sampieri, R. H. (2014). *Metodología de la Investigación.* Mexico: Interamericana.

Sánchez Barroso, J. A. (2012). Voluntad Anticipada. Méxco: Porrúa.

Schneider, H. (1979). “Peculiaridad y función de los Derechos Fundamentales de un Estado Constitucional Democrático. Madrid , España: Nueva época.

VARSI ROSPIGLIOSI, E. (2001). Derecho genético, 48a ed. . Lima, Perú: Grijley.

VELÁSQUEZ VARGAS, M. S. (2015). NECESIDAD DE INCLUIR EL DELITO DE CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO . Arequipa, Perú.

VILLANUEVA HARO, B. (s.f.). Vida, concebido y Genética.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROYECTO DE TESIS: LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN NUEVO ESCENARIO EN LA ELECCIÓN DE UN PLAN DE VIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, HUANCAVELICA – 2018.

Autor(a): Bach. ELENA RAMIREZ JARA

Problema Principal: **PG.** ¿Cuál es el status jurídico de la maternidad subrogada enfocada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018? **Problemas Específicos** **PE 1.** ¿Por qué es necesario regular la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?	**Objetivo General** **OG.** Determinar el status jurídico de la maternidad subrogada enfocada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico peruano– Huancavelica, 2018. **Objetivos Específicos** **OE 1.** Establecer porque es necesario regular la maternidad subrogada en el sistema jurídico	**Hipótesis Principal** **HP.** Nuestra legislación actual no proporciona una adecuada regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7°), aun así, es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando. **Hipótesis Específicos** **HE 1.** Es necesario porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están	**Variable independiente (X)** • Maternidad Subrogada. **Variable dependiente (Y)** • Perspectiva de los Derechos Fundamentales.	**Tipo de Investigación:** ***Básica o Fundamental*** **Nivel de Investigación:** Conforme el grado de rigurosidad el nivel de investigación es ***Descriptivo – Explicativo*** **Métodos de Investigación** ***Método científico, método analítico, método histórico método Gramatical y el método comparativo.***	**Población** • La población de estudio lo conforman, los magistrados especializados en materia de derecho público y privado del Distrito Judicial de Huancavelica. • El Defensor del Pueblo de la localidad de Huancavelica. • El Decano del colegio de Abogados de Huancavelica. • El Decano de la Facultad de Derecho y CCPP – UNH • El Director de EsSALUD – Huancavelica • El Director del MINSA – Huancavelica. • Un médico legal de la localidad de Huancavelica.

PE 2. ¿Existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018? **PE 3.** ¿Qué derechos fundamentales son vulnerados a causa de una celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?	peruano – Huancavelica, 2018. **OE 2**. Fundamentar si existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente en cuanto a la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018. **OE 3.** Mencionar que derechos fundamentales son vulnerados a causa de una celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018.	quedando en el olvido, y sin acción alguna la vulneración de derechos fundamentales. **HE 2.** Si, existe transgresión al Principio Superior del Niño y Adolescente, ya que se está generando incertidumbres jurídicas respecto a ciertos derechos, como es el de la dignidad, la identidad y la filiación del que está por nacer. **HE 3.** Los Derechos Fundamentales vulnerados son en su mayoría los consagrados en la Carta Magna. Pero en la presente investigación tocare los más relevantes. • Derecho a la Dignidad tanto de la mujer y el niño. • Derecho a formar una familia, que por cierto no está consagrada en la Carta Magna.		**Diseño de la investigación:** El diseño de la presente investigación está bajo un diseño ***no experimental de tipo descriptivo.*** **Técnicas:** • Investigación bibliográfica. • La técnica de la entrevista. • La técnica de la encuesta. **Instrumento:** De acuerdo a la técnica planteada, será el cuestionario.	**Muestra** La muestra fue elegida en forma intencionada, partiendo de criterios básicos. • Conformada por los magistrados especializados en materia de derecho público y privado del Distrito Judicial de Huancavelica. • El Defensor del Pueblo de la localidad de Huancavelica. • El Decano del colegio de Abogados de Huancavelica. • El Decano de la Facultad de Derecho y CCPP – UNH • El Director de EsSALUD – Huancavelica • El Director del MINSA – Huancavelica. • Un médico legal de la localidad de Huancavelica. **MUESTREO** Estará constituido de la siguiente manera: • Conformada por 9 magistrados especializados en

PE 4. ¿Bajo qué condiciones se podría aceptar la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica periodo 2018?	**OE 4.** Indicar bajo qué condiciones se podría aceptar la celebración de un contrato por maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018.	• Derecho a la protección de la Familia. • Derecho a la Identidad. • Derecho a la filiación. **HE 4.** Las condiciones para la aceptación de un contrato por maternidad subrogada serían las siguientes: • Que fuera la última alternativa para poder procrear. • Crear un órgano especializado de control en el debido proceso. • Que la madre subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y sus efectos jurídicos e incluso los riesgos e inconvenientes del embarazo.			materia de derecho público y privado del Distrito Judicial de Huancavelica • El Defensor del Pueblo de la localidad de Huancavelica. • El Decano del colegio de Abogados de Huancavelica. • El Decano de la Facultad de Derecho y CCPP – UNH • El Director de EsSALUD – Huancavelica • El Director del MINSA – Huancavelica. • Un médico legal de la localidad de Huancavelica.

TESIS: LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN NUEVO ESCENARIO EN LA ELECCIÓN DE UN PLAN DE VIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, HUANCAVELICA – 2018

ENCUESTA DIRIGIDO A EL DEFENSOR DEL PUEBLO, DECANO DEL COLEGIO DE ABOGADOS, DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CCPP, DIRECTOR DE ESSALUD, DIRECTOR DEL MINSA Y UN MEDICO LEGAL DE LA LOCALIDAD DE HUANCAVELICA

ANTES DE EMPEZAR, SIRVASE LEER LAS INSTRUCCIONES DE LA PORTADA.

La presente encuesta la he planteado con la finalidad de Determinar el status jurídico de la maternidad subrogada enfocada desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico peruano – Huancavelica, 2018; y de esta manera contribuir con los paradigmas doctrinales y jurisprudenciales en el ámbito privado ya que hoy en día vivimos en una zozobra respecto al tema mencionado.

Para ello solicito su valiosa opinión, por favor dígnese atenderme respondiendo a cada una de las preguntas colocando un aspa (X) dentro del paréntesis correspondiente.

1. ¿En el sistema jurídico peruano la vida humana empieza con la concepción?
   ( ) Si ( ) No

2. ¿Considera Ud. que la infertilidad y esterilidad son restricciones para poder conformar una familia?
   ( ) Si ( ) No

3. ¿Ud. tiene conocimiento acerca de las Técnicas de Reproducción Asistida y sus modalidades?
   ( ) Si ( ) No

4. ¿Ud. tiene conocimiento si estas Técnicas de Reproducción Asistida (TRAS) están permitidas en el Perú?
   ( ) Si ( ) No

5. ¿Ud. tiene conocimiento si la maternidad subrogada como modalidad de las TRAS está permitida en el Perú?
   ( ) Si ( ) No

6. ¿Ud. considera productivo a la maternidad subrogada o vientre de alquiler para aquellas personas que sufren de infertilidad o esterilidad?
   ( ) Si ( ) No

7. Respecto a las TRAS: Ud. considera como consecuencias positivas ¿el logro de un embarazo, el deseo de convertirse en padres y que es una de las mejores demostraciones del avance de la ciencia?
   ( ) Si ( ) No

8. ¿Ud. considera que las TRAS están acorde a la ética y a las leyes?
   ( ) Si ( ) No

9. Respecto a las TRAS: Ud. considera como consecuencias negativas ¿la manipulación de órganos del cuerpo humano, el sometimiento excesivo a los eventos preparatorios para el uso de las técnicas., la elección del sexo del bebe y que es una técnica abortiva?
   ( ) Si ( ) No

10. ¿Ud. tiene conocimiento de leyes o proyectos de ley en torno a las TRAS y en consecuencia a la maternidad subrogada?
   ( ) Si ( ) No

11. ¿Ud. considera que hay un vacío legal en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada como modalidad de las TRAS?
   ( ) Si ( ) No

12. ¿Ud. tiene conocimiento de las modalidades de la maternidad subrogada, como son la tradicional y la gestacional?
   ( ) Si ( ) No
13. ¿Ud. tiene conocimiento de las maternidades inmersas en la maternidad subrogada como son: la maternidad genética, de gestación, biológica, legal y la madre comitente'
   ( ) Si ( ) No

14. ¿Ud. considera que podrían presentarse incertidumbres jurídicas a causa de esta pluralidad de maternidades a casusa de un vacío legal respecto a la maternidad subrogada?
   ( ) Si ( ) No

15. Considera Ud. como argumentos contra la maternidad subrogada: ¿Que la maternidad es un proceso natural mas no así la maternidad subrogada, hay un valor de intercambio dado por el dinero, que los hijos deben ser queridos por sí mismos, que los hijos nacidos bajo la maternidad subrogada sufrirán consecuencias psicológicas y sociales, es inmoral traer un niño bajo estas circunstancias, hay un aprovechamiento de las necesidades económicas y se da la explotación y manipulación de la mujer?
   ( ) Si ( ) No

16. Considera Ud. como problemas de la maternidad subrogada: ¿la enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo, la enfermedad grave contraída por la gestante que pueda causar severas anomalías al feto, el divorcio o

fallecimiento de uno de los miembros o de los dos durante el embarazo, las malformaciones o patologías del recién nacido que desencadenen el rechazo de la pareja comitente, la no entrega del niño o niña por parte de la gestante y los daños psicológicos de la mujer gestante que cede el hijo?
( ) Si ( ) No

17. ¿Considera Ud. que debería existir una seguridad jurídica contractual para ambas partes en la maternidad subrogada?
( ) Si ( ) No

18. ¿Ud. está de acuerdo con un contrato de maternidad subrogada bajo el literal del artículo 1351° del Código Civil?
( ) Si ( ) No

19. Ud. considera que el contrato de maternidad subrogada debe cumplir con las siguientes características: ¿el ser oneroso, innominado, consensual y solemne, bilateral, gratuito, unilateral y conmutativo?
( ) Si ( ) No

20. ¿Considera Ud. que el contrato de maternidad subrogada deber ser pasible a una validez y una eventual nulidad?
( ) Si ( ) No

II. RESPECTO A LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

21. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son titulares de los derechos humanos, como lo son los hombres, mujeres, niños y ancianos?
( ) Si ( ) No

22. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son pasibles de ser protegidos contra la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad y la integridad física?
( ) Si ( ) No

23. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de derechos subjetivos y de una significación objetiva vista de la perspectiva de los Derechos Fundamentales?
( ) Si ( ) No

24. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están garantizados de la inviolabilidad de sus derechos fundamentales?
( ) Si ( ) No

25. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan del Derecho Fundamental a la Dignidad Humana y por lo tano están revestidos de un valor positivo y axiológico?
( ) Si ( ) No

26. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de la dignidad como un don de todo ser humano?
( ) Si ( ) No

27. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están acorde a la ética y el derecho?
( ) Si ( ) No

28. ¿Ud. tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a formar una familia?
( ) Si ( ) No

29. ¿Ud. considera que los padres infértiles y estériles tienen el Derecho a formar una familia mediante las TRAS (maternidad subrogada)?
( ) Si ( ) No

30. ¿Ud. tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a la protección de la familia?
( ) Si ( ) No

31. ¿Ud. considera que hijos nacidos de una maternidad subrogada deberían ser protegidos desde la perspectiva constitucional a través de las distintas normas internas y externas?
( ) Si ( ) No

32. ¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido concebidos?
( ) Si ( ) No

33. ¿Considera Ud. que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad biológica, en consecuencia, tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad y a conocer a sus verdaderos padres?
( ) Si ( ) No

34. ¿Considera Ud. que el derecho a la identidad acarrearía consecuencias jurídicas entre las partes que celebraron el contrato de maternidad subrogada?
( ) Si ( ) No

35. ¿Considera Ud. que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Filiación, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido procreados?
( ) Si ( ) No

36. ¿Considera Ud. que el derecho a la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada tendrá incidencia en la familia, sociedad y Estado?
( ) Si ( ) No

37. ¿Considera Ud. que en la determinación de la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada debería existir una aseveración legal de una realidad biológica, presunta, cierta, creída pero no acreditada?
( ) Si ( ) No

38. ¿Considera Ud. significativo el Principio Superior del Niño y el Adolescente en los casos producto de una maternidad subrogada?

39. ¿Considera Ud. que el Principio Superior del Niño es un principio por excelencia donde sirve para una mejor determinación de escenarios vinculados a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas alimentos y filiación?
( ) Si ( ) No

40. ¿Considera Ud. que el Principio Superior del Niño otorga el derecho a todo niño de conocer a sus padres, a poder determinarse la filiación de éstos y a un cuidado integral de los mismos?
( ) Si ( ) No

41. ¿Considera Ud. que hay un status jurídico constitucional de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?
( ) Si ( ) No

42. ¿Considera Ud. que es necesario una pronta regulación de las TRAS (maternidad subrogada) en el sistema jurídico peruano?
( ) Si ( ) No

43. ¿Considera Ud. que existe vulneración al Principio Superior del Niño cuando se están celebrando contratos de maternidad subrogada a pesar de que no existe norma que la regule?
( ) Si ( ) No

44. ¿Considera Ud. la vulneración de derechos fundamentales al celebrarse contratos de maternidad subrogada?
( ) Si ( ) No

45. ¿Ud. está de acuerdo con la celebración de contratos de maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?
( ) Si ( ) No

46. Considera Ud. como condiciones para la aceptación de un contrato de maternidad subrogada: ¿Qué fuera la última alternativa para poder procrear, que la madre

subrogada sea consciente de la celebración contractual pro maternidad subrogada y la creación de un órgano especializado de control en el debido proceso?
( ) Si ( ) No

¡GRACIAS!

LA MATERNIDAD SUBROGADA COMO UN NUVEO ESCENARIOEN LA ELECCION DE UN PLAN DE VIDA DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALE, HUANCAVELICA - 2018

	RESPECTO A LA MATERNIDAD SUBROGADA																				ii. RESPECTO A LA PERSPECTIVA DE			
	¿en el sistema jurídico peruano la vida humana empieza con la concepción?	¿considera Ud. Que la infertilidad y esterilidad son restricciones para poder conformar una familia?	¿ud. Tiene conocimiento acerca de las técnicas de reproducción asistida y sus modalidades?	¿ud. Tiene conocimiento si estás técnicas de reproducción asistida (TRAS) están permitidas en el Perú?	¿ud. Tiene conocimiento si la maternidad subrogada como modalidad de la TRAS está permitida en el Perú?	¿ud. Considera productivo a la maternidad subrogada o vientre de alquiler para aquellas personas que sufren de infertilidad o esterilidad?	respecto a la TRAS: Ud. Considera como consecuencias positivas ¿el logro de un embarazo, el deseo de convertirse en padres y que es una de las mejores demostraciones del avance a la ciencia?	¿Ud. considera que las TRAS están acorde a la ética y a las leyes?	Respecto a las TRAS: Ud. considera como consecuencias negativas ¿la manipulación de órganos del cuerpo humano, el sometimiento excesivo a los eventos preparatorios para el	¿Ud. tiene conocimiento de leyes o proyectos de ley en torno a las TRAS y en consecuencia a la maternidad subrogada?	¿Ud. considera que hay un vacío legal en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada como modalidad de las TRAS?	¿Ud. tiene conocimiento de las modalidades de la maternidad subrogada, como son la tradicional y la gestacional?	¿Ud. tiene conocimiento de las maternidades inmersas en la maternidad subrogada como son: la maternidad genética, de gestación, biológica, legal y la madre comitente?	¿Ud. considera que podrían presentarse incertidumbres jurídicas a causa de esta pluralidad de maternidades a casusa de un vacío legal respecto a la maternidad subrogada?	Considera Ud. como argumentos contra la maternidad subrogada: ¿Que la maternidad es un proceso natural mas no así la maternidad subrogada, hay un valor de intercambio dado por el dinero, que los hijos deben ser queridos por sí mismos, que los	Considera Ud. como problemas de la maternidad subrogada: ¿la enfermedad grave contraída por la gestante por efectos del embarazo, la enfermedad grave contraída por la gestante que pueda causar severas anomalías al feto, el divorcio o	¿Considera Ud. que debería existir una seguridad jurídica contractual para ambas partes en la maternidad subrogada?	¿Ud. está de acuerdo con un contrato de maternidad subrogada bajo el literal del artículo 1351 del Código Civil?	Ud. considera que el contrato de maternidad subrogada debe cumplir con las siguientes caracterí sticas: ¿el ser oneroso, innominado, consensual y solemne, bilateral, gratuito, unilateral	¿Considera Ud. que el contrato de maternidad subrogada deber ser pasible a una validez y una eventual nulidad?	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son titulares de los derechos humanos, como lo son los hombres, mujeres, niños y ancianos?	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada son pasibles de ser protegidos contra la vida, la libertad, la dignidad, la igualdad, la seguridad y la integrida	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de derechos subjetivos y de una significación objetiva vista de la perspectiva de los Derechos Fundame	¿U co a hij na de m- ad su a ga do inv da su de fu nt-
1	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	
2	1	0	1	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	
3	1	0	0	0	0	1	1	1	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0	1	
4	1	0	1	1	0	1	1	0	1	0	1	0	0	1	0	0	1	1	0	0	1	1	1	
5	0	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	
6	1	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	
7	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1	0	0	1	0	1	1	1	1	1	
8	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	
9	1	0	1	1	1	0	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	1	1	1	
10	1	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	1	1	1	0	1	1	0	0	0	1	1	1	
11	1	0	1	1	0	0	1	1	1	0	0	1	0	1	1	0	0	0	0	0	1	1	1	
12	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	1	1	1	1	
13	1	0	1	0	0	1	1	1	0	0	1	0	0	1	1	1	1	0	0	0	1	1	1	
14	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0	0	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	
15	1	0	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0	0	1	0	1	1	1	1	0	1	1	1	

DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están garantizados de la inviolabilidad de sus derechos fundamentales?	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan del Derecho Fundamental a la Dignidad Humana y por lo tano están revestidos de un valor positivo y axiológic	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada gozan de la dignidad como un don de todo ser humano?	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada están acorde a la ética y el derecho?	¿Ud. tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a formar una familia?	¿Ud. considera que los padres infértiles y estériles tienen el Derecho a formar una familia mediante las TRAS (maternidad subrogada)?	¿Ud. tiene conocimiento si en el sistema jurídico constitucional peruano está consagrada el Derecho a la protección de la familia?	¿Ud. considera que hijos nacidos de una maternidad subrogada deberían ser protegidos desde la perspectiva constitucional a través de las distintas normas internas y externas	¿Ud. considera que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido concebidos?	¿Considera Ud. que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Identidad biológica, en consecuencia, tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad y a	¿Considera Ud. que el derecho a la identidad acarrearía consecuencias jurídicas entre las partes que celebraron el contrato de maternidad subrogada?	¿Considera Ud. que los hijos nacidos de una maternidad subrogada tienen el Derecho a la Filiación, en consecuencia, tienen derecho a saber por quienes han sido procreados?	¿Considera Ud. que el derecho a la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada tendrá incidencia en la familia, sociedad y Estado?	¿Considera Ud. que en la determinación de la filiación de los hijos nacidos de una maternidad subrogada debería existir una aseveración legal de una realidad biológica, presunta, cierta	¿Considera Ud. significativo el Principio Superior del Niño y el Adolescente en los casos producto de una maternidad subrogada?	¿Considera Ud. que el Principio Superior del Niño es un principio por excelencia donde sirve para una mejor determinación de escenarios vinculados a la patria potestad, tenencia, régimen de visitas	¿Considera Ud. que el Principio Superior del Niño otorga el derecho a todo niño de conocer a sus padres, a poder determinarse la filiación de éstos y a un cuidado integral de los mismos?	¿Considera Ud. que hay un status jurídico constitucional de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?	¿Considera Ud. que es necesario una pronta regulación de las TRAS (maternidad subrogada) en el sistema jurídico peruano?	¿Considera Ud. que existe vulneración al Principio Superior del Niño cuando se están celebrando contratos de maternidad subrogada a pesar de que no existe norma que la regule?	¿Considera Ud. la vulneración de derechos fundamentales al celebrarse contratos de maternidad subrogada?	¿Ud. está de acuerdo con la celebración de contratos de maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?	Considera Ud. como condiciones para la aceptación de un contrato de maternidad subrogada: ¿Qué fuera la última alternativa para poder procrear, que la madre subrogada sea conscien
1	1	0	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1
1	1	1	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1
1	1	1	0	0	0	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	0
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	1	1	1	0	1	1	0	1	1
1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	0	1	0	1	1	1	0	1	1	1	1	1
0	1	1	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	0	0	1	1	1	0	1
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	1
0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	0	0	1	1
1	1	1	0	1	0	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0
1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0	1	1
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	0
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	1	0	1	0	0	1	0
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	0	1	0	1	1	1	1	0	1	0	0	0	1